



UNIVERSITÀ DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Tesi di Laurea

IL DELITTO DI PECULATO

Profili strutturali e analisi delle principali problematiche

Candidato:
Marco Francesco Billa

Relatore:
Chiar.mo Prof. Giovannangelo De Francesco

ANNO ACCADEMICO 2012/2013

a Maria Paola

INDICE:

| | |
|--|-----------|
| <u>CAPITOLO I IL DELITTO DI PECULATO E LE NOVITÀ INTRODOTTE CON L. 26/4/1990, N. 86</u> | 1 |
| 1. DEFINIZIONE. | 1 |
| 2. LA LEGGE 26/4/1990, N. 86 E IL DELITTO DI PECULATO. | 3 |
| 2.1. LE MODIFICHE DI CARATTERE SOSTANZIALE. | 10 |
| 2.1.1 L'ELIMINAZIONE DELLA CONDOTTA DI "DISTRAZIONE A PROFITTO PROPRIO O ALTRUI". | 10 |
| 2.1.2 LA FUSIONE NELLO STESSO REATO DELLE FATTISPECIE DI PECULATO (ART 314 C.P.) E DI MALVERSAZIONE A DANNO DEI PRIVATI (ART 315 C.P.). | 21 |
| 2.1.3 L'INTRODUZIONE DEL PECULATO D'USO (ART 314, COMMA 2 C.P.). | 23 |
| 2.2 LE MODIFICHE DI CARATTERE FORMALE: | 24 |
| 2.2.1 INSERIMENTO DELLA LOCUZIONE "O COMUNQUE LA DISPONIBILITÀ" NELL'ART. 314 C.P. | 24 |
| 2.2.2 QUALIFICAZIONE DELL'OGGETTO MATERIALE DELLA CONDOTTA IN TERMINI DI "ALTRUITÀ" IN LUOGO DEL BINOMIO "APPARTENENZA – NON APPARTENENZA" ALLA P.A. | 27 |
| 2.2.3 ELIMINAZIONE DELLA PENA PECUNIARIA | 29 |
| 3. QUESTIONI DI DIRITTO INTERTEMPORALE. | 30 |
| 4. RIFLESSIONI. | 32 |
| <u>CAPITOLO II IL BENE TUTELATO</u> | 41 |
| 1. INTRODUZIONE. | 41 |
| 2. GLI ORIENTAMENTI IN TEMA DI OGGETTIVITÀ GIURIDICA PRIMA DELLA RIFORMA. | 42 |
| 3. GLI ORIENTAMENTI IN TEMA DI OGGETTIVITÀ GIURIDICA DOPO LA RIFORMA. | 47 |

| | |
|---|----------------|
| 3.1. PLURIOFFENSIVITÀ E MONOFFENSIVITÀ A CONFRONTO. LINEE GENERALI. | 47 |
| 3.2. PLURIOFFENSIVITÀ E GERARCHIA DEI BENI GIURIDICI: GLI ORIENTAMENTI FUNZIONALISTI E PATRIMONIALISTI. | 50 |
| 3.3. (SEGUE) PLURIOFFENSIVITÀ E GERARCHIA DEI BENI GIURIDICI: LE ULTERIORI IMPOSTAZIONI. | 55 |
| 4. L'OFFESA PRIVA DI RILIEVO PENALE. | 56 |
| 5. RIFLESSIONI. | 61 |
| <u>CAPITOLO III I SOGGETTI</u> | 66 |
| 1. IL PECULATO COME REATO PROPRIO, LE NOVITÀ NORMATIVE E IL SOGGETTO PASSIVO | 66 |
| 1.1. IL PECULATO COME REATO PROPRIO | 66 |
| 1.2. IL SOGGETTO PASSIVO DEL REATO | 74 |
| 2. I PROBLEMI APPLICATIVI IN TEMA DI QUALIFICHE SOGGETTIVE PUBBLICISTICHE | 74 |
| 2.1 L'ASSETTO ANTECEDENTE LA RIFORMA | 75 |
| 2.2. L'ASSETTO SUCCESSIVO ALLA RIFORMA | 81 |
| 3. L'APPROPRIAZIONE DI DENARO DEL GRUPPO CONSILIARE REGIONALE DA PARTE DEL SUO PRESIDENTE. | 91 |
| <u>CAPITOLO IV L'ELEMENTO OGGETTIVO DEL REATO</u> | 103 |
| <i>SEZIONE I L'OGGETTO MATERIALE DEL REATO ED I PRESUPPOSTI DELLA CONDOTTA</i> | 103 |
| 1. L'OGGETTO DELL'APPROPRIAZIONE. | 103 |
| 1.1 Analisi di carattere generale. | 103 |
| 1.2. Il valore del bene. | 106 |
| 1.3. Il peculato di energie. L'energia lavorativa umana. | 110 |
| 2. L'ALTRUITÀ DELLA COSA OGGETTO DI APPROPRIAZIONE. | 114 |
| 3. (SEGUE) RIFLESSIONI SUL CONCETTO DI ALTRUITÀ. | 122 |
| 4. I PRESUPPOSTI DEL REATO. | 125 |
| 4.1. Il possesso "o comunque la disponibilità". | 125 |

| | |
|--|------------|
| 4.2. La locuzione “per ragione del suo ufficio o servizio”. | 133 |
| SEZIONE II LA CONDOTTA APPROPRIATIVA | 140 |
| 5. QUESTIONI DEFINITORIE. | 140 |
| 6. LA CONDOTTA APPROPRIATIVA FRA PECULATO E APPROPRIAZIONE INDEBITA. ANALISI DIFFERENZIALE. | 143 |
| 6.1. La dottrina antecedente alla riforma. | 144 |
| 6.2. La dottrina successiva alla riforma. | 149 |
| 6.3. Riflessioni | 156 |
| 7. IL NUCLEO MINIMO DELLA CONDOTTA APPROPRIATIVA. LE FORME DI MANIFESTAZIONE. | 157 |
| 8. LA MANIFESTAZIONE DELLA CONDOTTA PECULATIVA ATTRAVERSO L’USO DELLE CARTE DI CREDITO. | 169 |
| SEZIONE III IL DESTINO DEL PECULATO PER DISTRAZIONE | 175 |
| 9. INTRODUZIONE. | 175 |
| 10. QUESTIONI DEFINITORIE. LA DISTRAZIONE COME CONCETTO DI RELAZIONE. | 176 |
| 10.1. Il dibattito dottrinale sull’estensione del termine a quo. | 178 |
| 10.2. L’estensione del termine ad quem. | 184 |
| 11. I RAPPORTI STRUTTURALI FRA APPROPRIAZIONE E DISTRAZIONE PRIMA DELLA RIFORMA. | 187 |
| 11.1. Le teorie unitarie. | 188 |
| 11.2. Le teorie autonomistiche. | 191 |
| 12. I RAPPORTI STRUTTURALI FRA APPROPRIAZIONE E DISTRAZIONE DOPO LE RIFORME DEL 1990 E 1997. | 193 |
| 12.1. L’estendibilità al peculato delle riflessioni giurisprudenziali in tema di appropriazione indebita e abuso di fido bancario. | 194 |
| 12.2. La condotta distrattiva fra peculato e la nuova formulazione dell’abuso d’ufficio. | 197 |
| 12.3. Riflessioni. | 200 |

**CAPITOLO V L'ANTIGIURIDICITA' OGGETTIVA E
LA COLPEVOLEZZA** **203**

SEZIONE I LE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE

DELL'APPROPRIAZIONE. **203**

1. L'ESERCIZIO DI UN DIRITTO (ART 51 C.P.). 203

2. L'ADEMPIMENTO DI UN DOVERE (ART 51 C.P.). 206

3. IL CONSENSO DELL'AVENTE DIRITTO (ART 50 C.P.) 207

SEZIONE II LA COLPEVOLEZZA. **209**

4. I PROFILI DEL DOLO. 209

5. LA RILEVANZA DELL'ERRORE. 213

**CAPITOLO VI FORME DI MANIFESTAZIONE,
TRATTAMENTO SANZIONATORIO E RAPPORTI
CON ALTRE FIGURE DI REATO** **218**

SEZIONE I LE FORME DI MANIFESTAZIONE DEL REATO
218

1. CONSUMAZIONE E TENTATIVO. 218

2. LE CIRCOSTANZE. 222

3. IL CONCORSO DI PERSONE. LA POSIZIONE DELL'EXTRANEUS. 226

SEZIONE II IL TRATTAMENTO SANZIONATORIO **232**

4. LA PENA PRINCIPALE. **232**

5. LE PENE ACCESSORIE. **233**

SEZIONE III RAPPORTI CON ALTRE FIGURE DI REATO
240

**6. LA TRUFFA AGGRAVATA DALL'ABUSO DEI POTERI O
DALLA VIOLAZIONE DEI DOVERI (ARTT 640 E 61, N.9
C.P.).** **240**

7. L'ABUSO D'UFFICIO (ART 323 C.P.). **242**

8. L'APPROPRIAZIONE INDEBITA (ART 646 C.P.). **248**

**9. IL PECULATO MEDIANTE PROFITTO DELL'ERRORE
ALTRUI (ART 316 C.P.).** **249**

**10. L'OMESSA CONSEGNA O DEPOSITO DI COSE DEL
FALLIMENTO (ART 230 L. FALL.).** **250**

11. IL PECULATO MILITARE (ART 215 C.P.M.P.). **251**

| | |
|--|------------|
| 11. IL FALSO IN ATTO PUBBLICO (ART 476 C.P.). | 252 |
| <u>CAPITOLO VII IL PECULATO D'USO</u> | 254 |
| 1. LA RIFORMA, LA STRUTTURA, LE PROBLEMATICHE. | 254 |
| 2. LA <i>QUERELLE</i> SULL'OGGETTO MATERIALE DELLA CONDOTTA. | 262 |
| 3. IL RAPPORTO FRA APPROPRIAZIONE E USO. | 266 |
| 4. LA NATURA GIURIDICO – PENALE DEL PECULATO D'USO. | 270 |
| 5. L'ELEMENTO SOGGETTIVO. | 281 |
| 6. UTILIZZO ABUSIVO DEL TELEFONO DI SERVIZIO: PROFILI EVOLUTIVI DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ | 284 |
| 6.1. INTRODUZIONE. | 284 |
| 6.2. L'INQUADRAMENTO NEL PECULATO D'USO. L'IRRILEVANZA PENALE. | 285 |
| 6.2. L'INQUADRAMENTO NEL PECULATO COMUNE. | 287 |
| 6.3. L'ORDINANZA DI RIMESIONE ALLE SEZIONI UNITE N. 36760 DEL 18 LUGLIO 2012 (DEP. 24/9/2012). | 291 |
| 6.4. LA PRONUNCIA DELLE SEZIONE UNITE PENALI DEL 20 DICEMBRE 2012 (DEP. 2 MAGGIO 2013), N. 19054. | 294 |
| <u>CONCLUSIONI</u> | 304 |
| <u>BIBLIOGRAFIA:</u> | 308 |
| <u>RINGRAZIAMENTI</u> | 325 |

CAPITOLO I

IL DELITTO DI PECULATO E LE NOVITÀ INTRODOTTE CON L. 26/4/1990, N. 86

1. Definizione.

Se volessimo sinteticamente definire il “peculato”, potremmo *lato sensu* identificarlo in una sorta di “appropriazione indebita del pubblico funzionario”^{1 2}.

Analizzando questa parola con la lente d’ingrandimento dell’etimologo, notiamo che ha radici antichissime, giacché deriva dal latino “*crimen peculatus*”, definito da Marcus Antistius Labeo come “*pecuniae publicae vel sacrae furtum*” e consistente nell’indebita utilizzazione o nel furto di *pecunia publica*, commesso da un funzionario pubblico (dotato cioè di *munus publicum*) o da un privato³. Andando ancora più a ritroso nella nostra breve ricerca etimologica, il *peculatus* ovviamente è collegato al concetto di *pecunia*, il quale a sua volta rimanda a *pecus* (il bestiame), un termine che identificava

¹ ANTOLISEI, PtS II, 309ss.; FIANDACA - MUSCO, PtS I, 185; COCCO – AMBROSETTI – MEZZETTI, PtS, 181; VINCIGUERRA, 331; *contra* RICCIO, 737; GUIDI, 2007, 30.

² in base alla *Relazione ministeriale al progetto definitivo*, p. 127 e 364, il legislatore del 1930 afferma che la vera essenza del peculato non è diversa da quella dell’appropriazione indebita “dato che l’appropriazione risponde alla vera indole del fatto criminoso; e, nell’ipotesi della distrazione, la condotta non può costituire reato se non quando avvenga a profitto dello stesso colpevole o di un terzo, subentrando in caso diverso una responsabilità apprezzabile in campo amministrativo o anche politico, ma non in quello penale”

³ LONG in SMITH “a Dictionary of Greek and Roman Antiquities”; RESTA in MANNA, 223 ss.; per ulteriori approfondimenti di tipo storico – etimologico, si rinvia anche a SCORDAMAGLIA, 554 ss.; MAGGIORE, 125 ss.; MANZINI, 116 ss.

quel genere di proprietà mobile considerata la più importante espressione di benessere e ricchezza nella collettività, prima dell'introduzione della moneta. Il bene giuridico tutelato era di tipo metaindividuale, consistente sia nella conservazione delle risorse economiche collettive, sia nella loro corretta gestione da parte dei pubblici agenti; il verbo connesso al crimine in esame era *peculari* (*lett. rubare danaro pubblico*) ed indicava non solo l'impossessamento di denaro pubblico, ma anche l'abusiva o illegale amministrazione dello stesso da parte di soggetti istituzionalmente preposti alla gestione, in quanto titolari di *munus publicum*⁴.

La differenziazione delle condotte tenute dal pubblico funzionario, ha portato alla tipizzazione di due fattispecie diverse nell'ordinamento Francia rivoluzionaria e quindi nel *code Napoleon* del 1810, dove troviamo all'articolo 169 la disciplina della fattispecie di sottrazione/impossessamento, mentre all'art 173 dell'ipotesi di distruzione/distrattione.

Il Codice penale Zanardelli (1889) codifica il peculato in un'unica fattispecie (l'art 168), che riunisce tanto la condotta di sottrazione quanto quella distrattiva; è interessante osservare che (a differenza della codificazione successiva) qui la malversazione è ricompresa nell'articolo che disciplina la fattispecie di peculato (aspetto che sarà ripreso con la riforma del 1990)⁵. Sugli aspetti salienti della codificazione del 1930 parleremo in seguito, quando affronteremo le novità introdotte dalla l. 86/1990.

⁴ RESTA in MANNA, 223 ss

⁵ Per approfondire il profilo storico del delitto di peculato si rinvia a RESTA in MANNA, 223 ss

Chiusa la parentesi storica, oggi il delitto di peculato è disciplinato dall'art 314 del codice penale Rocco (Capo I, Titolo II, Libro II c.p.), che incrimina la condotta del *“pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità della cosa altrui, se ne appropriava”*, punendola con la reclusione da quattro a dieci anni e l'interdizione perpetua dai pubblici uffici. Questa formulazione colloca il peculato, insieme alla corruzione e alla concussione, fra i più gravi delitti che possono essere commessi dai pubblici ufficiali, tanto a livello di disvalore oggettivo (perché incidono sulla struttura materiale con cui la pubblica amministrazione persegue i suoi fini istituzionali, nonché sul patrimonio dei privati) quanto di disvalore soggettivo (giacché l'autore del reato si muove secondo finalità egoistiche, in assoluto spregio dei principi di correttezza e fedeltà cui un pubblico funzionario deve attenersi).

2. La Legge 26/4/1990, n. 86 e il delitto di peculato.

La formulazione originaria dell'art. 314 c.p. è stata oggetto di un'importante riforma da parte della legge 26/4/1990, n.86, recante *“Modifiche in tema di delitti dei Pubblici Ufficiali contro la Pubblica Amministrazione”* (da questo punto in avanti abbreviata con P.A.).

Prima della riforma il testo dell'articolo in esame disponeva:

“Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso di denaro o di altra cosa mobile, appartenente alla Pubblica Amministrazione, se l'appropriava, ovvero

la distrae a proprio profitto o di altri, è punito con la reclusione da tre a dieci anni e con la multa non inferiore a lire duecentomila. La condanna importa interdizione perpetua dai pubblici uffici. Nondimeno, se per circostanze attenuanti viene inflitta la reclusione per un tempo inferiore ai tre anni, a condanna importa interdizione temporanea”.

In parallelo al reato ex art 314 si trovava la figura delittuosa della “malversazione a danno dei privati”, disciplinata dall’art 315, primo comma, c.p. nei seguenti termini:

“Il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio, che si appropria o, comunque, distrae, a profitto proprio o di un terzo, denaro o qualsiasi cosa mobile non appartenente alla Pubblica Amministrazione, di cui egli ha il possesso per ragione del suo ufficio o servizio, è punito con la reclusione da tre a otto anni e con la multa non inferiore a lire due milioni”.

Per completezza, riportiamo anche la fattispecie disciplinata all’art 316 c.p. “peculato mediante profitto dell’errore altrui” (reato che non sarà approfondito in questa trattazione e del quale si affronteranno solo i profili di differenziazione rispetto al peculato in senso proprio):

“il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio, il quale, nell’esercizio delle funzioni o del servizio, giovandosi dell’errore altrui, riceve o ritiene indebitamente, per sé o per un terzo, danaro od altra utilità, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da lire 20.000 a 400.000”.

In sintesi, prima della riforma la fattispecie peculativa era “tripartita” in: a) delitto di peculato in senso proprio ex art 314 c.p.; b) malversazione a danno dei privati (che altro non era se non un peculato avente ad oggetto beni che non fossero di appartenenza della P.A. ed era punito meno

severamente) ex art 315 c.p.; c) peculato mediante profitto dell'errore altrui ex art 316 c.p.⁶.

La legge 26/4/1990, n.86 (pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 97 del 27 aprile 1990 e in vigore dal 12/5/1990), pur modificando l'intero capo riguardante i delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. (concentrandosi sulle figure di peculato per distrazione, abuso innominato e interesse privato in atti di ufficio, per la loro eccessiva elasticità e insufficiente determinatezza e tassatività⁷), ha “travolto” e rimodellato soprattutto le fattispecie peculative, creando un nuovo assetto legislativo con modifiche di carattere strutturale e formale. Le premesse politico-giuridiche da cui il legislatore ha preso le mosse per formulare la riforma sono state: a) limitazione della discrezionalità del giudice nelle decisioni riguardanti l'attività amministrativa; b) limitazione della repressione penale ai soli fatti effettivamente lesivi degli interessi della P.A. e dei cittadini; c) adeguamento della disciplina dei reati contro la P.A. ai valori costituzionali (soprattutto al principio di tassatività-determinatezza della fattispecie); d) potenziamento della risposta punitiva per la crescente diffusione delle condotte illecite degli amministratori pubblici.

Ad avviso di chi scrive, la necessità di limitare (o, come riportato da autorevole dottrina, “moderare”⁸) la discrezionalità del giudice, nel momento in cui conosce (e quindi giudica) dell'attività della P.A., costituisce il motivo di riforma più importante e richiede un accurato approfondimento. La giurisprudenza anteriore al 1990, per

⁶ in questo senso: ANTOLISEI, PtS II, 310; DI VIZIO in FORTUNA, 14

⁷ DINACCI in COPPI, 37; PADOVANI, 541; SINISCALCO, CP, 1990, 264

⁸ PADOVANI, 1990, 541.

arginare le inefficienze e i ritardi della P.A. (facendo leva su una formulazione dei reati dei p.u. contro la P.A. non sempre caratterizzata da un elevato grado di determinatezza e tassatività⁹), era arrivata a esercitare una vera e propria funzione di “supplenza giudiziaria”¹⁰, finendo inevitabilmente per invadere il momento discrezionale della P.A. al di là dei limiti costituzionalmente previsti^{11 12}. Pur se una parte della dottrina ritiene la premura (condivisa in modo a dir poco sbalorditivo da quasi tutte le fazioni politiche) nel porre dei “paletti” all’ingerenza dei giudici in nome della separazione dei poteri, un pretesto per salvare le “vittime giudiziarie” delle varie forze presenti in Parlamento¹³, non possiamo nascondere che effettivamente la giurisprudenza, per quel che ci riguarda soprattutto con l’utilizzo della fattispecie di peculato per distrazione (ma non solo, si veda la nota 5), abbia finito per torcere i

⁹ Per approfondire sugli effetti della scarsa determinatezza delle fattispecie penali in termini di “crisi” del rapporto pubblica amministrazione-magistratura, si rinvia a IADECOLA, 14 ss.

¹⁰ In Relazione On. Battello si rileva che fosse “*specifico ragione di disagio...la “frizione”...che veniva determinandosi fra la crescente importanza assunta dal sistema della Pubblica amministrazione, più che mai ove qualificata da una normativamente riservata sfera di valutazione discrezionale e l’incidenza di un intervento penale guidato talvolta a norme a struttura talmente sganciata da necessari criteri di tassatività-determinatezza...da rendere possibile...vere e proprie “supplenze” dell’autorità giudiziaria*”.

¹¹ Per fare un esempio: BRICOLA in COPPI, 14, descrive fra gli abusi del sindacato del giudice penale l’utilizzazione dell’incriminazione ex art 323 c.p. (abuso innominato in atti d’ufficio), come “chiavistello” per poter sindacare in sede giudiziale talune scelte e decisioni amministrative per giungere poi, al termine delle vicende giudiziarie, alla neutralizzazione dell’addebito ex 323 c.p. rimanendo tuttavia, utilizzabili ad altri fini, i risultati di questo blitz giudiziario compiuto con l’avallo del c.p.

¹² è interessante la posizione di PADOVANI, 541, che parla di punizione del pubblico funzionario secondo la logica del “*capro espiatorio*” di un disastro spesso ben più grande di lui (soprattutto nei casi di omissione di atti d’ufficio); in IADECOLA, 14, l’Autore evidenzia come si fosse giunti a parlare (anche se in termini un po’ estremi) di “*travolgimento della distinzione, fondamentale in uno Stato di diritto, fra l’illecito penale e l’illecito amministrativo e disciplinare...*”

¹³ BRICOLA in COPPI, 14; in IADECOLA, 15, si riporta (pur non condividendola) che era diffusa una lettura dell’attività giudiziaria consistente in una sorta di “*piano strategico trifasico, di delegittimazione della p.a., da parte dei giudici*”.

principi generali in tema di poteri dello Stato nonché la stessa figura del peculato per distrazione, criminalizzando anche condotte prive di un reale disvalore e consistenti in un semplice uso distorto della discrezionalità amministrativa ¹⁴ (perseguibile con una meno “traumatizzante” sanzione disciplinare).

L'intervento legislativo che stiamo esaminando inoltre avrebbe dovuto reagire all'“invecchiamento” e all'obsolescenza delle norme del codice Rocco di fronte al sistema di principi costituzionali e ai mutati assetti organizzativi e delle attività della Pubblica Amministrazione ¹⁵, caratterizzate da un intreccio fra sistema socio - economico ed apparati pubblici che si rivelò ben più complesso delle fattispecie di reato che erano state formulate nel 1930¹⁶.

Il prodotto finale ¹⁷ di questo delicatissimo e travagliato intervento di riforma ha suscitato non poche perplessità e critiche da parte della dottrina sull'effettivo raggiungimento degli obiettivi prefissati e sull'opportunità di determinate scelte di politica criminale¹⁸, soprattutto per

¹⁴ CUPELLI in FIORE, 42; FIANDACA – MUSCO, 185 ss.

¹⁵ SINISCALCO, 263

¹⁶ Relazione On. Battello: *“Peraltro, il crescente ampliarsi della sfera dell'intervento dello Stato nella vita sociale ed economica, in relazione al qualificarsi dello Stato sociale, comportava l'accrescersi delle pubbliche funzioni e dei pubblici servizi. Del pari, l'articolarsi decentrato dell'organizzazione statuale, con il consolidarsi di n vero e proprio sistema delle autonomie su base elettiva, arricchiva di nuove figure la tradizionale qualificazione del pubblico ufficiale. Il sistema normativo del codice penale del 1930 diventava ambito troppo stretto per un sistema statuale-amministrativo che da allora era radicalmente cambiato: si imponevano nuove esigenze di tutela (assenteismo, peculato di lavoro o di servizi, malversazione a danno dello Stato), sia nuove formulazioni di norme vigenti.”*

¹⁷ Per una breve esposizione sull'andamento nel tempo dei progetti di legge di riforma prima di approdare alla soluzione del 1990, si rimanda a PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 3

¹⁸ PALAZZO in PADOVANI, 5 ss; in PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 6, si sostiene che sarebbe stato più opportuno emanare una legge-delega per la riforma di una parte così delicata del c.p., in modo tale che il Parlamento avrebbe potuto fissare chiari

la frettolosa e frenetica¹⁹ ricerca delle varie soluzioni normative che ha accompagnato tutto l'*iter* legislativo. Si ritiene quindi che la legge in esame non abbia portato a quella rivisitazione globale delle fattispecie più problematiche dal punto di vista dell'elasticità e determinatezza che essa si proponeva, ma sia pervenuta a risultati ben più modesti e limitati alla ricezione di dati già acquisiti dalla prassi o comunque a soluzioni di rilievo meramente sistematico²⁰. Al contempo notiamo come sia stato perseguito l'obiettivo di alleggerire le responsabilità penali per l'esercizio abusivo dei pubblici poteri e dobbiamo riconoscere un'evoluzione nelle posizioni del legislatore, che ha abbandonato la logica repressivo - autoritaria del "punire tutto il punibile", rimodellando le fattispecie in modo che non fossero più finalizzate alla tutela dell'evanescente principio del "prestigio della P.A." e viceversa si conformassero alla tutela dei valori previsti in Costituzione (si fa riferimento principalmente all'art 97 Cost.)²¹, limitando l'intervento penale a quei fatti che oggettivamente si fossero rivelati lesivi degli interessi della P.A. e dei cittadini.

L'impatto che la riforma ha avuto sul sistema dei delitti di peculato è stato molto forte; l'art 1 l. 86/1990 ha sostituito l'art 314 c.p., l'art 315 c.p. è stato espressamente abrogato dall'art 20 l. 86/1990, mentre l'art 316 c.p. è quello che ha subito meno modifiche (l'art 2 l. 86/1990 si è

principi politici ispiratori, lasciando al Governo in compito della formulazione tecnica dell'articolato del codice; *contra*, GROSSO, CP, 1991, 1298 ss., l'autore, pur riconoscendo i vistosi difetti tecnici che presenta la legge, ad una lettura attenta non ritiene che il livello di tutela penale si sia sensibilmente abbassato.

¹⁹ In questo senso, PADOVANI, 540 ss.

²⁰ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 235; CUPELLI in FIORE, 42 ss

²¹ Per approfondire le posizioni della dottrina rispetto alla riforma: BRICOLA in COPPI, 12 ss; DINACCI in COPPI, 37 ss

limitato ad eliminare la pena pecuniaria; modifica peraltro che è stata apportata a tutti i reati disciplinati dalla riforma). Rinviamo a quanto sopra riportato circa la tripartizione della fattispecie peculativa prima della riforma, la stessa dottrina afferma che oggi questa è organizzata in due fattispecie, rispettivamente di peculato (art 314 c.p., al cui interno troviamo il peculato d'uso) e peculato mediante profitto dell'errore altrui (art 316 c.p. nuovo testo)²². Il nuovo testo dell'art 314 c.p. disciplina il delitto di peculato in questi termini (si riporta il testo modificato dalla l. 190/2012, che si è limitata a ridefinire il limite minimo della pena):

“I. Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di danaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria, è punito con la reclusione da quattro a dieci anni.

II. Si applica la reclusione da sei mesi a tre anni quando il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa, e questa, dopo l'uso momentaneo, è stata immediatamente restituita.”

Dal confronto fra il vecchio e il nuovo art 314 c.p., notiamo che le differenze sono notevoli e possono classificarsi, per semplicità espositiva, in modifiche sostanziali / strutturali (che incidono sui tratti caratteristici della figura di reato) e modifiche formali (che codificano posizioni già ampiamente affermate in dottrina e giurisprudenza, oppure si risolvono in interventi di coordinamento fra il testo degli articoli e le novità sostanziali)²³²⁴. Fra le prime si collocano: l'eliminazione

²² ANTOLISEI, PtS, 310; DI VIZIO in FORTUNA, 14; ad avviso di chi scrive la fattispecie peculativa è tuttora tripartita in peculato *stricto sensu*, peculato d'uso e peculato mediante profitto dell'errore altrui.

²³ in questo senso: PALAZZO in PADOVANI, 5; CUPELLI in FIORE, 43; GUIDI, 2008, 6 ss; MAGNINI in PALAZZO, 2

della condotta di “*distrazione a profitto proprio o altrui*”, l’unificazione delle fattispecie di peculato (art 314 c.p.) e malversazione a danno dei privati (art 315 c.p.) e la previsione del peculato (o di malversazione) d’uso. Fra le modifiche formali invece troviamo: l’inserimento del termine “disponibilità”, l’introduzione del concetto di “altruità” e l’eliminazione della pena pecuniaria. All’approfondimento delle singole novità è dedicato il resto del capitolo.

2.1. Le modifiche di carattere sostanziale.

2.1.1 L’eliminazione della condotta di “distrazione a profitto proprio o altrui”.

Ad avviso di tutta la dottrina²⁵, l’eliminazione della condotta distrattiva dall’art 314 c.p. è senza dubbio l’intervento più importante apportato al delitto di peculato nell’ambito della riforma del 1990²⁶.

Come abbiamo già detto (*supra* §2), la formulazione originaria dell’art 314 c.p. puniva, oltre alla condotta appropriativa, anche quella distrattiva. La principale problematica legata all’applicazione concreta di questa fattispecie era connessa al fatto che non si sapesse quale tipo di distrazione fosse penalmente rilevante ai fini

²⁴ è interessante anche la posizione di VINCIGUERRA, 332, che differenzia gli interventi in due tipologie, in relazione alle finalità cui sono ispirati: da un lato avremo gli interventi c.d. “*di semplificazione*” (unificazione di peculato e malversazione, inserimento del requisito dell’altruità, scomparsa della condotta distrattiva), dall’altro gli interventi c.d. “*di chiarimento*” (esplicitazione del requisito della disponibilità ed introduzione del peculato d’uso)

²⁵ IADECOLA, 28; GUIDI, 2008, 25

²⁶ Per tutti: PAGLIARO, 1990, p. 266

dell'applicazione dell'art 314 c.p.. Premesso che del significato penalmente rilevante del concetto di "distrazione" si parlerà in modo più approfondito nel prosieguo della trattazione, è bene soffermarsi sulle opzioni che potevano essere adottate dalla giurisprudenza e la posizione che ha poi effettivamente preferito, con tutti i problemi ad essa collegati.

Partiamo dal presupposto che "distrarre", nel suo significato letterale, vuol dire distogliere un oggetto dallo scopo originariamente prefissato per deviarlo verso una nuova e diversa finalità. I problemi sorti in sede giurisprudenziale ruotavano intorno al concetto di "deviazione delle risorse pubbliche", nel senso che era incerto se, ai fini della sussistenza del reato, queste dovessero essere dal pubblico ufficiale: a) semplicemente sottratte alla loro destinazione specifica, per essere orientate verso una qualsiasi nuova destinazione, anche se pubblica o addirittura rientrante in quelle istituzionali dell'ente; b) utilizzate per il perseguimento di finalità diverse da quelle istituzionali dell'ente pubblico particolare; c) usate in difformità da qualsiasi destinazione pubblica, indirizzando quindi la *pecunia publica* (o i beni dei privati ex art 315 c.p.) verso destinazioni private, a profitto dell'agente o di altri.

Di fronte ad una così ampia gamma di possibilità, la soluzione più razionale sarebbe stata quella di interpretare la distrazione penalmente rilevante alla luce dell'ipotesi *sub c)* giacchè, come fa notare autorevole dottrina²⁷, ogni distrazione della cosa verso altra finalità di interesse pubblico lede il buon andamento e l'imparzialità della

²⁷ PAGLIARO, 1990, 266 ss.; PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 49.

pubblica amministrazione, ma in modo molto ridotto (per non dire nullo); la giurisprudenza maggioritaria però ha sempre preferito un atteggiamento rigoristico, conformandosi alla tesi *sub a*). Tutto ciò ha condotto a distorsioni interpretative tali che sono stati sanzionati anche casi di utilizzazione solo formalmente irregolare delle risorse pubbliche, a prescindere dal fatto che vi fosse un reale danno alla P.A. ovvero un arricchimento a vantaggio del funzionario; in sostanza si era arrivati a sanzionare penalmente anche il mero esercizio irregolare della discrezionalità amministrativa ²⁸ (v. *supra*, §2), caratterizzando così il peculato per distrazione in termini di infedeltà e disobbedienza.

Il legislatore ha pertanto ritenuto assolutamente necessario riformare tale fattispecie, così da porre un freno all'ingerenza della magistratura nella discrezionalità amministrativa, nonché delineare una condotta distrattiva penalmente rilevante che fosse connotata dalla lesione a beni di rilevanza costituzionale; le vie percorribili erano due. Da un lato, si sarebbe potuto scegliere di ridefinire la struttura della condotta distrattiva in conformità con il principio di tipicità, stabilendo inoltre l'irrilevanza penale di ogni uso difforme delle risorse comunque compatibile con le finalità dell'ente. Dall'altro lato si profilava la soluzione radicale dell'abolizione della condotta distrattiva.

Leggendo il nuovo articolo 314 c.p., emerge in modo chiaro la preferenza per la soluzione abolitiva, eliminando quindi ogni traccia del peculato per distrazione, nella convinzione che questa sarebbe stata la soluzione più semplice e rigorosa per risolvere tanto i problemi di

²⁸ FIANDACA – MUSCO, PtS, 185 – 186; PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 48 SS.; MAGNINI in PALAZZO, 2 SS.

formulazione legislativa quanto quelli interpretativi²⁹, ed evitando che comportamenti illeciti finalizzati in tutto o in parte al perseguimento dei pubblici interessi, fossero perseguiti ai sensi dell'art. 314 c.p.

La dottrina non ha accolto positivamente la novità, ritenendo che l'unico mezzo per dirimere i contrasti di tipo ermeneutico, nonché per garantire una giusta proporzione fra gravità dell'illecito e misura della pena, fosse modificare la struttura della fattispecie di peculato per distrazione, in modo da punire solo le condotte di deviazione a profitto privato³⁰ (dato che, anche in passato, erano fra le più insidiose e dannose).

A questo punto è naturale chiedersi quale sia stata la sorte della condotta distrattiva dopo il 1990 e se possano ancora individuarsi distrazioni che valgano come appropriazioni, così da integrare il delitto di peculato. La dottrina maggioritaria e la giurisprudenza sembrano fornire ai quesiti una risposta abbastanza lineare e coerente con la lettera della legge e del nuovo sistema che si era disegnato, anche se comunque questo punto è stato oggetto di dibattito (e lo è tuttora, considerata la modifica del 1997 all'abuso d'ufficio).

²⁹ PALAZZO in Padovani, 18; VASSALLI, G., nella relazione al disegno di legge n. 441 del 1988 sosteneva come questa è parsa *“la soluzione più rigorosa ai fini della configurazione del peculato come delitto improntato all'indebito arricchimento privato”*.

³⁰ si veda, PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 50: gli autori evidenziano come una riformulazione del delitto in tale senso avrebbe avuto il duplice vantaggio di punire adeguatamente i fatti di peculato per distrazione (classificati come criminologicamente più gravi rispetto a quelli per appropriazione, in quanto di regola coinvolgono beni di valore maggiore), nonché delimitare in modo preciso l'ambito della distrazione punibile, ritenendo penalmente irrilevanti i mutamenti di destinazione della cosa da finalità pubblica ad altra finalità anch'essa pubblica (pratica effettuata spesso per ragioni politiche dagli amministratori); *contra*, GROSSO, CP, 1991, 1300 ss.

Parte della dottrina³¹ sosteneva, infatti, che le forme di peculato originariamente considerate “per distrazione” fossero confluite nella condotta appropriativa e che il punto di riferimento più adatto per comprendere l’essenza della nuova condotta disciplinata dall’art 314 c.p. fosse il delitto appropriazione indebita (art 646 c.p.). Data la particolarità di questa posizione (che si muove in netta controtendenza rispetto ai rilievi emersi in sede di lavori preparatori della riforma), è necessario chiarire quali siano i motivi che la sostengono. Uno degli aspetti che il legislatore ha trascurato, quando ha eliminato la figura del peculato per distrazione, è che così facendo ha anche definitivamente cancellato l’unico elemento testuale che poneva “distrazione” e “appropriazione”, nell’ambito del peculato (e della malversazione) su piani concettuali diversi. Come evidenzia la dottrina³², infatti, il rapporto fra appropriazione e distrazione era delineato con chiarezza dall’articolo 315 c.p., dove si descrive il fatto del soggetto che “*si appropriava o, comunque, distrae*” la cosa, rilevando come l’avverbio “comunque” fosse la chiave interpretativa che permetteva di classificare l’appropriarsi della cosa come un modo specifico di distrarla; se “distrarre” voleva dire deviare indebitamente una cosa dallo scopo originario verso un fine diverso a favore proprio o di terzi, allora “appropriarsi” rientrava in questo concetto, con la particolarità che, il fine originario era costituito dal complesso di utilità ricavabili dal diritto di dominio sulla cosa, mentre il fine diverso si riconduceva alle utilità che l’agente poteva ricavare per sé stesso (e non a beneficio di terzi, come era previsto nella distrazione). Prima della

³¹ PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 53

³² PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 50.

riforma potevamo dire con assoluta certezza che, per quel che riguarda il delitto di peculato, la condotta distrattiva e quella appropriativa erano in rapporto di *genus* e *species*. L'abrogazione dell'art 315 (insieme all'eliminazione della condotta distrattiva dall'art 314 c.p.) ha vanificato queste ipotesi, proponendo la necessità di un nuovo inquadramento della condotta rilevante per il delitto di peculato. La conseguenza è stata che, per comprendere il significato della condotta appropriativa, ci si è "intuitivamente" riferiti alla fattispecie di appropriazione indebita (art 646 c.p.). Nell'appropriazione indebita (della quale si parlerà in modo più approfondito in seguito), consistente nel fatto che *"Chiunque, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, si appropriava il denaro o la cosa mobile altrui di cui abbia, a qualsiasi titolo, il possesso"*, l'essenza della condotta rilevante si sostanzia nel *"comportarsi verso la cosa come se fosse propria"*, ovvero nella volontà del soggetto attivo di creare una situazione di fatto dove possa comportarsi come se fosse il proprietario della cosa di cui ha il possesso, escludendo il vero proprietario³³. Rileva quindi una c.d. "interversione del possesso", che esprime la volontà dell'agente di trasformare in possesso in proprietà e nel cui ambito emerge concretamente un *animus domini* di fatto nei confronti della cosa, che si esprime in veri e propri atti di signoria. Le varie forme (nel senso di *species* della condotta delittuosa) dell'appropriazione, sono state identificate dalla dottrina³⁴ in: a) consumazione, riferibile solo alle cose consumabili (es. Tizio consuma la benzina

³³ PAGLIARO, *PtS III*, 448; MANTOVANI, *PtS II*, 114 ss.

³⁴ PAGLIARO, *PtS III*, 450; MANTOVANI, *PtS II*, 115 ss.; PETROCELLI, 388 ss.; FIANDACA – MUSCO, *PtS II*, II, 107.

altrui di cui è in possesso)³⁵; b) alienazione, da intendersi come *translatio in alium* di un qualche diritto, a titolo oneroso o gratuito, purchè avente carattere definitivo (ad es. Tizio dona o vende a Caio un bene avuto in prestito da Sempronio); c) ritenzione, consistente nella manifestazione dell'*animus domini* attraverso comportamenti negativi e caratterizzata dall'essere una vera e propria "appropriazione a carattere omissivo"³⁶, con tutti gli accorgimenti e le precauzioni del caso (es. Tizio non restituisce la cosa ricevuta in pegno); d) distrazione. Focalizzando la trattazione sull'appropriazione indebita per distrazione, in questa confluiscono tutte quelle residue condotte che distolgono il bene dalla sua legittima finalità, per destinarlo arbitrariamente alla "proprietà" dell'agente (o, mediatamente, di altri). La rilevanza penale di tali condotte alla stregua dell'art 646 c.p. è giustificata dalla dottrina³⁷ in quanto: a) siamo di fronte ad atti dispositivi realizzati al di fuori di quanto legittimamente conferito, che si sostanziano in un comportamento nei confronti della cosa *uti dominus*, per cui se non vi fosse una risposta dell'ordinamento nel senso di perseguirli ex art 646 c.p., si avrebbe un tanto irrazionale quanto inammissibile vuoto di tutela (si riporta l'esempio degli operatori bancari che distraggono illegittimamente somme di denaro per

³⁵ Per PETROCELLI, 390, la consumazione può avere assoluta, se importa lo sfruttamento diretto della cosa nella sua materialità, sì da distruggerne o alterarne la sostanza, ovvero relativa, in quanto importa la consumazione della cosa in relazione a un dato individuo, il quale, per utilizzarla, deve spogliarsene (l'A. cita come esempio il denaro).

³⁶ PETROCELLI, 392. L'argomento comunque è molto delicato, giacché è pacifico che la mancata restituzione della cosa, da sola, non sia idonea ad integrare un'appropriazione, e di questo avviso sono FIANDACA – MUSCO, *PtS II, II*, 108; PAGLIARO, *PtS III*, 450; MANTOVANI, *PtS II*, 115 ss.

³⁷ MANTOVANI, *PtS II*, 115 ss.; si pone su un piano più critico FIANDACA – MUSCO, *PtS II, II*, 107, che distingue fra condotte meramente distrattive e condotte distrattive che presentano i caratteri assimilabili all'appropriazione.

operazioni rischiose); b) non si deve cadere nella tentazione di rapportare (e quindi eventualmente considerare distintamente) appropriazione e distrazione rilevanti ai fini del 646 c.p. con quelle descritte nella vecchia formulazione degli artt. 314 e 315 c.p., giacchè un'interpretazione estensiva del concetto di appropriazione rilevante per il 646 c.p. ben può comprendere anche la condotta distrattiva; c) soprattutto per quanto riguarda la concessione di fidi bancari in violazione delle norme statutarie, l'esercizio di un potere *uti dominus* attraverso distrazione delle risorse è necessariamente caratterizzato dalla volontà di procurare un ingiusto profitto ulteriore a quello normalmente prospettabile in quel tipo di operazioni e la consapevolezza della non restituzione del denaro che viene concesso in fido. Fra gli esempi di distrazione rilevante ai fini dell'art 646 c.p. possiamo citare il caso di chi, titolare di un diritto di ritenzione, venda i beni oggetto del privilegio senza rispettare le formalità prescritte; di chi, avendo ricevuto un assegno firmato in bianco, lo utilizzi per scopi diversi da quelli concordati; del dirigente di banca che, travalicando i suoi poteri, mette abusivamente a disposizione del cliente somme di denaro. Ai fini dell'appropriazione indebita, oltre agli atti di disposizione di cui sopra, rilevano anche atti di godimento o di uso indebiti, poiché oltrepassano i limiti segnati dal titolo del possesso, pur dovendo in ogni caso esprimere un'espropriazione definitiva e non momentanea; è pertanto esclusa dalla portata dell'art 646 c.p. la condotta appropriativa accompagnata da una seria e provata intenzione di restituire la cosa, in breve tempo e perfettamente integra sia nella sostanza sia nel valore³⁸ (ci

³⁸ Per approfondimenti sui limiti dell'appropriazione e sull'appropriazione indebita

si riferisce in particolare alla c.d. “*appropriazione indebita d’uso*”).

La differenza che emerge dalle riflessioni di cui sopra, in rapporto con l’assetto delineato dal vecchio testo dell’art 314 c.p., è sostanziale: nell’art 646 c.p. la distrazione è considerata come una *species* dell’appropriazione; inoltre non rileva che questa sia commessa a vantaggio proprio o di altri. La conclusione è che se l’agente devia una cosa dalla sua finalità originaria ad un’altra, si comporta anche solo per un momento come se ne fosse il proprietario, pertanto realizza una condotta che, prima della riforma, sarebbe stato di peculato per distrazione, mentre adesso, si è trasformata in peculato per appropriazione ³⁹. Questa tesi è confermata dalle osservazioni di altra parte della dottrina, che rileva come la fattispecie di abuso d’ufficio, modificata dalla l. 234/1997, rende non sempre possibile la sussunzione del peculato per distrazione nel delitto di cui all’art. 323 c.p., auspicando un chiarimento legislativo. ⁴⁰

Una diversa impostazione, sostenuta dalla giurisprudenza⁴¹ e dalla dottrina maggioritaria⁴², forte delle

d’uso, si rimanda a PAGLIARO, *PtS III*, 450 ss.; MANTOVANI, *PtS II*, 116; FIANDACA – MUSCO, *PtS II*, II, 109.

³⁹Per un’analisi più approfondita delle posizioni dottrinali che si sono espresse su questo punto si rinvia a: PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 50 – 52; ³⁹ PALAZZO in PADOVANI, 20 ss.

⁴⁰ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 233

⁴¹ Cass. Sez. VI, 29 luglio 2008, Cannalire, CP 2009, 1007, secondo cui “*Integra il delitto di abuso d’ufficio la condotta del pubblico dipendente di indebito uso del bene che non comporti la perdita dello stesso e la conseguente lesione patrimoniale a danno dell’avente diritto*”; Cass. Sez. VI, 12 dicembre 2000, Genchi, CP, 2002, 1040, secondo cui “*l’elemento oggettivo del peculato è, in ogni caso, costituito esclusivamente dall’appropriazione, la quale si realizza con una condotta del tutto incompatibile con il titolo per cui si possiede, da cui deriva una estromissione totale del bene dal patrimonio dell’avente diritto con il conseguente incameramento dello stesso da parte dell’agente. [...] Esula, invece, la figura del peculato, sussistendo quella dell’abuso d’ufficio, quando si sia in presenza di una distrazione a profitto proprio la quale si concretizzi semplicemente in un indebito*

indicazioni emerse dai lavori preparatori alla riforma⁴³, sostiene che la figura del peculato per distrazione continui ad assumere rilevanza penale nella nuova fattispecie di abuso d'ufficio ex art 323 c.p. (con un trattamento sanzionatorio più mite rispetto a quello previsto per il peculato). Da questa posizione possiamo dedurre che la riforma ha operato un restringimento dell'area penalmente rilevante per il delitto di peculato, poiché la condotta distrattiva confluisce in una figura di reato diversa; notiamo inoltre che l'intervento legislativo si è mosso nella direzione di attribuire alla P.A. una maggiore libertà nell'utilizzo e nella gestione delle proprie risorse, il cui limite risiede negli elementi costitutivi la fattispecie di abuso d'ufficio. Questo delitto, riformato dalla l. 86/1990, è stato riportato a nuova vita, tant'è che autorevole dottrina lo ha identificato come *“figura pressochè centrale del nuovo quadro dei delitti dei p.u. contro la P.A.”*⁴⁴, avendo inglobato tutta una serie di fattispecie prima contenute in altri articoli del codice (abuso innominato, peculato per distrazione e interesse privato in atti d'ufficio).

Sulle questioni di diritto intertemporale che coinvolgono l'art 314 c.p. (ma anche l'art 315 c.p.) e il

uso del bene che non comporti la perdita dello stesso e la conseguente lesione patrimoniale a danno dell'avente diritto”; Cass. Sez. VI, Bronte, CP, 1994, 1835; Cass. Sez. VI, Burgaretta, GP, 1992, II, 156; Cass. Sez. VI, 14/2/1991, Briguglio, GP, II, 615, dove si rileva come la riforma abbia operato una rigorosa specificazione dell'elemento materiale del peculato, delimitandolo alla sola interversione del possesso del denaro o delle cose mobili.

⁴² FIANDACA – MUSCO, 185; PADOVANI, 541; ROMANO, 35, prende una posizione “intermedia”. Differenzia le ipotesi in cui la condotta distrattiva sia “dalla parte della p.a.”, per cui il pubblico funzionario, seppure irregolarmente, comunque agisce come suo organo (facendola rilevare ex art 323 c.p.), dalle ipotesi in cui il danaro o l'altra cosa mobile altrui abbandoni radicalmente il rapporto con la p.a. (classificando la condotta come distrazione – appropriazione, rilevante ex 314 c.p.)

⁴³ Relazione on. Battello, dove si chiarisce che *“l'ipotesi di distrazione...resta soppressa...Tale ipotesi...è trasferita, in quanto rilevante, nel nuovo reato di abuso d'ufficio”*.

⁴⁴ PADOVANI, 543

nuovo art 323 c.p., la giurisprudenza è ampiamente concorde⁴⁵ nel ritenere che la riforma abbia determinato un fenomeno di continuità, tale da escludere l'*abolitio criminis* (in quanto non è venuto meno il disvalore penalmente rilevante della distrazione) in favore di una successione di leggi nel tempo, così da applicare ai fatti di reato commessi prima della riforma il principio di cui all'art 2 comma 4 c.p. (applicazione della legge più favorevole al reo, salva la sentenza irrevocabile). La condotta distrattiva, quindi, sarà punibile solo se presenta tutti gli elementi che la connotano come un'utilizzazione illecita dei poteri d'ufficio, inquadrabile nell'art. 323 c.p.

Sull'efficacia della creazione di un "abuso distrattivo", la dottrina mostra una certa perplessità. Innanzitutto si rileva che l'art 323 c.p., punendo ogni condotta di abuso, in realtà non è caratterizzato da quella determinatezza tanto invocata in sede di discussione parlamentare, mostrandosi piuttosto come una fattispecie dalla notevole ampiezza che quindi non riesce ad eliminare *in toto* i pericoli di ingerenza del potere giudiziario. Inoltre non sembra dissolversi la preoccupazione che siano punite (anche se con una pena più mite rispetto a quella prevista per il peculato) quelle condotte distrattive consistenti nel dare alla cosa la destinazione ad un'altra finalità pubblica, pur se illegittima e diversa da quella dell'ente, giacchè la formula che prevede un "*fatto commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale*" è caratterizzata dall'ampiezza concettuale del termine "altri",

⁴⁵ Vedi nota 41.

non specificando la natura “privata” del vantaggio verso cui tende la condotta⁴⁶.

Per concludere, è importante ricordare che la l. 234/1997 ha modificato l’art 323 c.p., trasformando l’abuso di ufficio da reato di pericolo (*al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto*) a reato di danno (*procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto*) e riverberando i suoi effetti anche nei confronti dell’identificazione dell’abuso distrattivo penalmente rilevante (di questo aspetto tratteremo al capitolo 4).

2.1.2 La fusione nello stesso reato delle fattispecie di peculato (art 314 c.p.) e di malversazione a danno dei privati (art 315 c.p.).

Con la riforma del 1990 il delitto di malversazione a danno dei privati (previsto dall’art 315 c.p. ed espressamente abrogato dall’art 20 l. 86/1990) è confluito nell’art 314 c.p.; quest’operazione sancisce la totale indifferenza per l’ordinamento dell’appartenenza della *res* alla P.A. o al privato cittadino. La *ratio* di questa scelta

⁴⁶ IADECOLA, 30 SS.; in giurisprudenza, Cass. Sez. VI, 27 novembre 2002, Gennari, D&G, 5, 52, con nota di Zampagni, si imputa di un ragionamento circa i confini fra peculato ed abuso d’ufficio entro cui inserire la rilevanza penale della condotta distrattiva, e dove quindi si afferma che “*l’eliminazione della parola “distrattiva” dal testo dell’art 314 c.p., operata dalla legge 86/1990, non ha determinato puramente e semplicemente il transito di tutte le condotte distrattive effettuate dal pubblico ufficiale (o incaricato di pubblico servizio) nell’area di rilevanza penale dell’abuso d’ufficio. Qualora, infatti, mediante la distrazione del denaro o della cosa mobile altrui tali risorse vengano sottratte da una destinazione pubblica ed indirizzate al soddisfacimento di interessi privati, propri dello stesso agente o di terzi, viene comunque integrato il delitto di peculato. La condotta distrattiva, invece, può rilevare come abuso d’ufficio nei casi in cui la destinazione del bene, pur viziata per opera dell’agente, mantenga la propria natura pubblica e non vada a favorire interessi estranei alla p.a.*”.

legislativa si fonda sull'idea che: *“in un moderno Stato democratico, l'illecita appropriazione, da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, di beni appartenenti a “privati” eguaglia, in quanto a disvalore, l'illecita appropriazione di beni appartenenti alla pubblica amministrazione⁴⁷”*. Anche a proposito di questo nuovo assetto normativo, è necessario affrontare il problema della successione di leggi penali (v. *supra*, in materia di condotta distrattiva); dobbiamo capire se la rilevanza penale dei fatti di malversazione commessi prima dell'entrata in vigore della riforma sopravviva (e in che modo) all'abrogazione dell'articolo 315 c.p.. La nuova formulazione dell'art 314 c.p. disegna la fattispecie di peculato in termini assolutamente generali, mostrandosi come una norma di ampio respiro che chiaramente assorbe il contenuto dell'abrogato art. 315 c.p. Qual è allora la sorte dei fatti di malversazione posti in essere prima dell'entrata in vigore della riforma? Poiché ci troviamo di fronte ad un fenomeno di continuità normativa, non abbiamo una generalizzata *abolitio criminis* del delitto di malversazione (come potrebbe sembrare, dall'abrogazione operata espressamente dall'art 20 della legge di riforma), bensì una successione di norme incriminatrici, pertanto si applicherà il principio di cui all'art. 2 comma 4 c.p., applicando la legge più favorevole al reo (in questo caso l'art 315 c.p.)⁴⁸. Lo stesso principio si applica nel confronto fra la condotta di malversazione per distrazione ex 315 c.p. e la fattispecie di abuso d'ufficio ex 323 c.p. (che assorbe la condotta di malversazione per distrazione).

⁴⁷ FIANDACA – MUSCO, 186

⁴⁸ Cass. Sez. VI, 29/11/1990, Sangiorgi, CP, 1992, 2361; Cass. Sez. VI, 17/10/1991, Campanella, CP, 1993, 1128, con nota di Di Nicola

2.1.3 L'introduzione del peculato d'uso (art 314, comma 2 c.p.).

Il secondo comma dell'art 314 c.p. non disciplina più le pene accessorie per i colpevoli di peculato (confluite ora nella più generale fattispecie di cui all'art 317-*bis* c.p.), bensì un'autonoma figura di reato: il peculato d'uso. Già prima della riforma dottrina e giurisprudenza ritenevano punibile la condotta del momentaneo utilizzo con immediata restituzione, a condizione che l'uso fosse tale da compromettere l'utilità della cosa per la P.A.⁴⁹, con un trattamento sanzionatorio spesso sproporzionato all'effettivo disvalore della condotta⁵⁰. Con la l. 86/1990, il legislatore ha previsto una pena più mite (da sei mesi a tre anni di reclusione invece che da quattro a dieci anni) per la condotta di chi *“ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa, e questa, dopo l'uso momentaneo, è stata immediatamente restituita”*. La finalità perseguita dall'introduzione di questa fattispecie (disegnata avendo come modello il furto d'uso previsto all'art 626 c.p.) è stata duplice: da un lato codificare definitivamente una figura di reato per la repressione di *“episodi di piccolo o medio malcostume frequenti nelle amministrazioni pubbliche”*⁵¹, dall'altro stabilire una pena che fosse effettivamente graduata alla gravità del fatto.

⁴⁹ Cass. sez. VI, 12/1/1988, Bevilacqua, per cui costituisce peculato per condotta distrattiva e non per uso l'utilizzo non momentaneo né occasionale di una telescrivente d'ufficio; sulla non configurabilità della malversazione d'uso avente ad oggetto cose fungibili, Cass. sez. VI, 1/12/1987, Berti.

⁵⁰ PADOVANI, 541

⁵¹ GROSSO, CP, 1991, 1299

2.2 Le modifiche di carattere formale:

2.2.1 Inserimento della locuzione “o comunque la disponibilità” nell’art. 314 c.p.

L’inserimento da parte del legislatore del termine “disponibilità” accanto a quello di “possesso” (aggiungendo così un’altra relazione del soggetto attivo con l’oggetto materiale della condotta), non è stato accolto in modo positivo dalla dottrina, che anzi lo ha definito una modifica *“inutile se non controproducente”*⁵², ritenendo che sarebbe stato più opportuno concentrarsi su altri aspetti problematici della fattispecie (chiarendo, ad es, il concetto di “ragione di ufficio o servizio”, che aveva creato non pochi problemi applicativi e contrasti fra dottrina e giurisprudenza). In particolare, si è considerata questa operazione legislativa un mero “scrupolo tecnicistico”, finalizzata ad assicurare rilevanza penale per una situazione (la disponibilità mediante atti giuridici del bene da parte del pubblico funzionario) che già in precedenza dottrina e giurisprudenza ritenevano fosse ricompresa, insieme al mero rapporto di disponibilità materiale con la cosa, nel concetto di “possesso”⁵³. Si aggiunge che la modifica ha inciso in modo negativo sull’esatta individuazione del contenuto delle nozioni di “possesso” e “disponibilità”, con possibili ripercussioni anche su figure diverse dal peculato: nello specifico si fa riferimento interpretabilità del “possesso” rilevante ai fini dell’art 314 c.p. in una dimensione più ampia di quello che si riferisce

⁵² PALAZZO in PADOVANI, 10; PADOVANI, 541

⁵³ PALAZZO in PADOVANI, 12; PADOVANI, 541; PAGLIARO, 1990, p. 269, ribadito in PAGLIARO – PARODI GIUSINO.

all'appropriazione indebita (art 646 c.p.)⁵⁴, giacchè non era mai stato messo in dubbio che entrambe le nozioni di “possesso” avessero il medesimo significato ed estensione.

Per concludere, vista la generale condivisione in dottrina di un'ampia nozione di “possesso” rilevante per l'art 314 c.p., che si configura quindi come un *“potere autonomo sulla cosa, funzionalmente destinato all'esercizio dell'ufficio o del servizio ed esercitato al di fuori della sfera di vigilanza di un soggetto che possa vantare sulla stessa cosa un potere giuridico maggiore”*⁵⁵, possiamo individuare le quattro ipotesi di possesso rilevanti per il delitto di peculato:

a) il possesso (art 1140 c.c.), configurato come un potere di fatto sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale (c.d. *“situazioni possessorie”*)⁵⁶. Può citarsi ad esempio il caso del pubblico ufficiale che si appropria di un'autovettura formalmente di sua proprietà, ma da

⁵⁴ La questione, ampiamente discussa da PALAZZO in PADOVANI (cui si rinvia per approfondire) e da CAGLI 339, è ridimensionata da GUIDI, 11, che fa appello ad una interpretazione consapevole del concetto di “disponibilità”, rilevando inoltre le scarse ricadute applicative di questo aspetto della riforma.

⁵⁵ GUIDI, 2008, 11

⁵⁶ TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XIX ed., p. 319 e 321. Ai fini della trattazione, si fa riferimento al solo possesso c.d. pieno e immediato (art 1140, comma 1 c.c.). Questo è caratterizzato dal concorso di due elementi costitutivi: il *corpus* (elemento oggettivo) consistente nell'avere il soggetto la disponibilità di fatto della cosa, nonché l'*animus possidendi*, consistente nella volontà del soggetto di comportarsi, con riferimento al bene, come proprietario, ad esclusione di qualsiasi altro. Il secondo comma dell'art 1140 c.c. disciplina invece il possesso c.d. “mediato” (o indiretto o *solo animo*), in cui ricorre il solo elemento soggettivo, mentre la disponibilità materiale del bene è compete al detentore. Ai fini della distinzione che stiamo definendo in questo paragrafo, tale seconda ipotesi di possesso potrà eventualmente classificarsi nell'ambito della c.d. disponibilità giuridica, *sub b*).

utilizzarsi per finalità d'interesse pubblico, che l'agente rifiutava di restituire all'ente pubblico⁵⁷.

b) la disponibilità della cosa solo mediante atti giuridici. Si pensi, ad es., al pubblico funzionario che, attraverso una complessa procedura, autorizza, consente o legittima l'erogazione di denaro pubblico, ha la disponibilità mediata della cosa, in quanto senza la sua approvazione il danaro non può uscire dalla "cassa" comunale o provinciale⁵⁸);

c) il rapporto di materiale detenzione fra il soggetto e la cosa (art 1140, comma 2 c.c.)⁵⁹, che si risolve in un potere giuridico sulla cosa (custodia, amministrazione etc.). Si può citare l'esempio della la guardia giurata conducente di un furgone portavalori che, in quanto incaricato di un pubblico servizio e per ragione di tale servizio, ha il "possesso" (in senso penalistico) del denaro e dei valori affidatagli ai sensi dell'art 314 c.p. e si appropria di tali somme, appartenenti ad un ente creditizio⁶⁰;

d) il possesso della cosa è esercitato in concorso con gli altri. Si porta ad esempio il caso in cui il possesso del denaro spetti congiuntamente a più pubblici ufficiali e le norme interne dell'ente pubblico prevedano che l'atto dispositivo sia compiuto con il concorso di più organi⁶¹.

⁵⁷ Cass. Pen., sez. VI, 29 marzo 2005, Zito, *CP* 2006, 1650, con nota di DE BELLIS, "La Cassazione interpreta in senso estensivo il concetto di altruità della cosa oggetto di peculato: può essere tale anche la cosa di proprietà dell'imputato".

⁵⁸ Cass. Pen., sez. VI, 24 giugno 1999, Amendolagine, *CP* 2000, 1257.

⁵⁹ Secondo la dottrina civilistica (TORRENTE – SCHLESINGER, *cit.*, 321), tale situazione possessoria è caratterizzata dal concorso di due elementi: il *corpus*, elemento oggettivo, consistente nella materiale disponibilità del bene in capo al soggetto, e l'*animus detinendi*, elemento soggettivo, consistente nella volontà del soggetto di godere e disporre del bene, ma nel rispetto dei diritti che, sul medesimo bene, riconosce spettare ad altri.

⁶⁰ Cass. Pen., sez. VI, 6 giugno 1990, Di Salvo, *CP* 1992, 1225.

⁶¹ Cass. Pen., sez. V, 11 gennaio 1996, Zini ed altri, *GP* 1997, 137.

2.2.2 Qualificazione dell'oggetto materiale della condotta in termini di "altruità" in luogo del binomio "appartenenza – non appartenenza" alla P.A.

Coerentemente con l'unificazione delle fattispecie disciplinate agli artt. 314 e 315 c.p. (*supra* §2.1.2), il legislatore ha qualificato l'oggetto materiale della condotta (denaro o altra cosa mobile) come "altrui" rispetto al soggetto agente, eliminando ogni riferimento all'appartenenza o meno alla Pubblica Amministrazione.

Autorevole dottrina ha criticato questa scelta legislativa, definendola "*superflua...ma anche scorretta*"⁶², specie se rapportata all'ipotesi in cui il soggetto agente sia titolare della cosa oggetto di appropriazione⁶³. L'A. osserva attentamente che, dopo la riforma del 1990, è unicamente il possesso della cosa "*per la ragione del suo (dell'agente) ufficio o servizio*" a connotare l'essenza unitaria del peculato e il suo disvalore pubblicistico; tale presupposto possessorio, qualificato dal collegamento ai poteri propri dell'agente, ha la funzione di assicurare in ogni caso la rilevanza pubblicistica della cosa tutelata dall'art 314 c.p. Da ciò ne deriva che è assolutamente indifferente che il possesso sia espressione di un vincolo della pubblica amministrazione che, nei confronti della cosa, sia assorbente o addirittura assoluto⁶⁴; oppure che sia espressione di una situazione in cui la pubblica amministrazione sia priva dei poteri di incidere sulla destinazione della cosa, essendo quest'ultima fissata dalla

⁶² PALAZZO in PADOVANI, 14 ss.

⁶³ La teoria in esame costituisce il fondamento della riflessione sul concreto significato e sul ruolo dell'altruità, che sarà trattato nel capitolo 4, sez. I, § 3.

⁶⁴ Nel senso che si concretizzi in una proprietà o in un diverso rapporto giuridico capace di assicurare un incondizionato potere di destinazione della *res*.

legge nella sua connotazione pubblicistica (es. i casi di beni sottoposti a sequestro o requisizione), ovvero rispondendo principalmente ad interessi e finalità private (nel caso di oggetti assegnati al servizio postale), ma comunque all'interno di un rapporto giuridico dove il privato non ha più alcun potere d'intervento.

In tutte le situazioni sopra esaminate, la presenza di una ragione di ufficio o servizio dell'agente, da un lato, garantisce la necessaria presenza di un collegamento pubblicistico con la pubblica amministrazione e, dall'altro, esclude la rilevanza di un rapporto della cosa col soggetto agente tale da rendere legittimi eventuali comportamenti appropriativi, poiché tale qualificazione del presupposto possessorio varrà a rimuovere (ai fini dell'art 314 c.p.) ogni rilevanza della titolarità nell'agente di un rapporto con la cosa così intenso da potersi dire prevalente rispetto al vincolo pubblicistico che insiste sulla stessa.

Da questa premessa possiamo muovere per affermare la superfluità e la scorrettezza della scelta di qualificare la cosa in termini di altruità rispetto al soggetto agente. La superfluità della novella legislativa, confrontata con la particolare qualificazione del presupposto possessorio, si coglie appieno in tutti quei casi dove, non insistendo sulla cosa alcun rapporto giuridico dell'agente, è assolutamente indifferente la relazione proprietaria con la cosa; questa, infatti, pur dovendo sussistere in capo ad un qualche soggetto, sarà totalmente assorbita, ai fini del reato, dall'esistenza del requisito della *“ragione del suo ufficio o servizio”*, poiché individua l'intima essenza della relazione possessoria. La scorrettezza della scelta novellistica emerge in modo chiaro ed univoco laddove si considerino i casi in

cui sulla cosa esista un rapporto giuridico del soggetto attivo, che sia ulteriore e diverso rispetto a quello costituito dal possesso per ragione d'ufficio. L'A. ritiene, infatti, che sia ben prospettabile la situazione in cui un rapporto proprietario fra cosa e soggetto agente sia compatibile con il possesso qualificato: si pensi, ad es., al caso dell'oggetto prezioso che l'agente, in quanto proprietario, decide di costituire in pegno presso il Monte dove esercita il proprio ufficio. In questi casi, si osserva che non sarà il semplice diritto di proprietà ad essere decisivo per l'esclusione del reato, quanto l'esistenza di un vincolo sulla cosa che sia peggiore rispetto a quello che la pubblica amministrazione esprime ed attua mediante la relazione possessoria.

2.2.3 Eliminazione della pena pecuniaria

Questa modifica, poiché è stata applicata a quasi tutte le fattispecie interessate dalla riforma, è più espressione di una generale scelta di politica criminale⁶⁵, che di un intervento mirato nell'ambito del delitto di peculato. La *ratio* di tale scelta sta nella convinzione che una pena pecuniaria di entità modesta, unita a una pena detentiva severa, non produca risultati soddisfacenti dal punto di vista della prevenzione generale. A prescindere dal fatto che si possa condividere o meno questa posizione, autorevole dottrina⁶⁶ rileva come un'opzione di questo tipo

⁶⁵ GROSSO, CP, 1991, 1299, per il quale non ha senso prevedere pene edittali congiunte (detentive e pecuniarie) ma ritiene che il legislatore debba sempre prevedere pene (normalmente detentive) qualitativamente proporzionate alla gravità dei reati.

⁶⁶ FIANDACA – MUSCO, PtS I, 160; *contra*, GROSSO, CP, 1990, 1300, che ritiene la previsione della sola pena detentiva come una scelta di politica criminale giusta ed efficace

contraddica il *trend*, dominante a livello europeo, favorevole ad un più ampio utilizzo di sanzioni a carattere patrimoniale.

3. Questioni di diritto intertemporale.

Dal punto di vista del diritto transitorio, è necessario sinteticamente delineare le conseguenze in tema di successione di leggi penali legate alla novella del 1990; a tal proposito, dovrà analizzarsi il destino delle condotte di malversazione (per appropriazione e distrazione) e di peculato per distrazione (su cui si tratterà in modo approfondito nella sez. III del cap. IV).

Innanzitutto, riguardo alle condotte di malversazione (per appropriazione), ci si chiede se l'abrogazione dell'art 315 c.p., operata espressamente *ex art 20* della legge 86/1990, determini la sopravvivenza di tale delitto per i fatti commessi prima dell'intervento normativo. A tal proposito, autorevole dottrina⁶⁷ sostiene che all'abrogazione *formale* della fattispecie normativa, non sia corrisposta da un fenomeno *sostanziale* di *abolitio criminis*⁶⁸; questo comporta che, di fronte all'abrogazione di una fattispecie, non accompagnata da una precisa volontà di rendere una condotta lecita, si dovrà in ogni caso verificare se, alla luce del nuovo assetto normativo, nel tipo d'illecito sussista

⁶⁷ PADOVANI, *LP* 1990, 350 ss.

⁶⁸ GAMBARDELLA in LATTANZI – LUPO, 47, afferma che si è solo eliminata la fattispecie autonoma di malversazione a danno dei privati, in quanto è stata assorbita dal peculato, nella sua nuova formulazione; PULEIO, 602, afferma che fra gli artt 314 e 315 c.p. intercorra un nesso di continuità ed omogeneità, da cui si delinea una diversa ristrutturazione del delitto di malversazione a danno dei privati, per cui l'abrogazione dell'art 315 c.p. è da riportare nel fenomeno della successione nel tempo della legge penale.

eventualmente un qualche margine di continuità per la sua rilevanza penale. Nel caso in esame non troverà, quindi, applicazione l'art 2, comma 2 c.p. secondo cui *“nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge penale posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali”*, bensì il quarto comma dello stesso articolo (successione di leggi penali nel tempo), per cui *“se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella cui le disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che si astata pronunciata sentenza irrevocabile”*. La nuova fattispecie che costituisce il riferimento per i fatti di malversazione a danno dei privati è ora costituita dall'art 314 c.p.; da questo ne deriva che se le condotte, prima rilevanti *ex art 315 c.p.*, adesso sono ascrivibili in questa norma⁶⁹, allora dovrà applicarsi la disciplina precedente, in osservanza del principio della *“norma più favorevole”*⁷⁰ di cui all'art 2, comma 4 c.p., riacquisendo centralità l'esame sull'appartenenza del bene.

Analizzando sinteticamente il destino delle condotte distrattive (di peculato e malversazione), anche in questo

⁶⁹ È necessario precisare che tale ultrattività della normativa previgente è praticabile solo alla condizione che i fatti punibili *ex art 315 c.p.* possano esserlo anche secondo il nuovo art 314 c.p., altrimenti si assisterebbe ad un'inaccettabile efficacia retroattiva della norma incriminatrice successiva al fatto. Sul punto v. PULEIO, 603.

⁷⁰ La malversazione a danno dei privati, infatti, a parità di pena minima con il delitto di peculato, prevede tuttavia una pena massima meno elevata (otto anni contro i dieci dell'art 314 c.p.). In dottrina: CAGLI, 338; LO FORTE, 92; PADOVANI, *LP* 1990, 351. In giurisprudenza: Cass. Pen. Sez. II, 5 maggio 1993, De Ponte, *RP* 1994, 36; Cass. Pen., sez. VI, 26 giugno 1992, Buccheri, *RP* 1993, 185 Cass. Pen., sez. VI, 10 marzo 1992, Marchetti, *RP* 1992, 945, secondo cui la vecchia malversazione a danno dei privati è stata sussunta *in toto* nella figura criminosa del peculato; Cass. Pen., sez. VI, 20 gennaio 1992, Campanella, *CP* 1993, 1128; Cass. Pen., sez. VI, 11 ottobre 1990, Tivoli, *CP* 1992, 1224. *Contra*, Cass. Pen., sez. VI, 5 maggio 1992, n. 7236, Solini, *C.E.D. Cass.*, n. 190715, dove si afferma che il reato di malversazione, poiché era punito con una pena detentiva e con una pena pecuniaria, avesse un regime sanzionatorio più grave di quello previsto dall'art 314 c.p., che prevedeva la sola pena detentiva.

caso è evidente che, pur avendo espunto la distrazione dall'art 314 c.p., ciò non ha determinato un'*abolitio criminis*. Anticipando concetti e posizioni che saranno approfonditi nel prosieguo della trattazione (a cui si rimanda per ogni dettagliato riferimento dottrinale e giurisprudenziale), possiamo affermare che, rispetto a quelle posizioni che affermano, in osservanza del principio di cui all'art 2, c.4 c.p., la piena confluenza delle condotte distrattive nell'abuso d'ufficio⁷¹, è preferibile una posizione che non consideri, *sic et simpliciter*, che tutte le condotte distrattive siano automaticamente attratte nell'ambito del generico art 323 c.p., poiché è possibile che alcuni di questi comportamenti continuino a rilevare come peculato, laddove la deviazione del bene dalle specifiche finalità pubblicistiche sia indirizzato al soddisfacimento d'interessi privati (dell'agente o di terzi)⁷².

4. Riflessioni.

L'appropriarsi indebitamente della *pecunia publica* è un fenomeno che si è manifestato pressoché in ogni esperienza ordinamentale, fin dai tempi più remoti; la diffusione di questa pratica è dovuta a una quasi congenita “debolezza” del patrimonio pubblico agli abusi dei soggetti che vi entrano in contatto. Le risorse collettive, poiché “di tutti”, sono amministrate da un ente astratto (lo Stato e gli

⁷¹ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 349; PULEIO, 603 ss., che anche qui precisa che i fatti perseguiti abbiano gli elementi costitutivi dell'illecito previsto dall'art 323 c.p., per cui residuerebbero delle distrazioni non anti giuridiche, che esulano dall'abuso d'ufficio; PADOVANI, *LP* 1990, 352 ss., svolge una riflessione sulla rilevanza della distrazione a seconda della finalità verso cui è deviata la cosa.

⁷² A titolo esemplificativo, si sono pronunciati sul punto: DE FRANCESCO, 1999, 1638; PALAZZO in PADOVANI, 24 ss.; ROMANO, 2013, 36 ss. In giurisprudenza, Cass. Pen., sez. VI, 27 novembre 2002, Gennario e al., *D&G* 2003, 48, con nota di ZAMPAGNI.

enti pubblici, ma anche i privati) per la realizzazione del benessere dei consociati, nel senso di garantire servizi, strutture ma anche regole per i rapporti fra le persone, nonchè apparati per il loro rispetto e applicazione. In sostanza, prendersi cura delle esigenze dei consociati e mantenere in vita un intero ordinamento giuridico ha un costo e sono necessari beni e risorse per farvi fronte efficacemente; l'anello debole di questa catena, ad avviso di chi scrive, risiede in colui che con queste risorse entra materialmente in contatto. Quando si parla di Stato, ente pubblico o di società concessionaria di un pubblico servizio, ci si riferisce a soggetti giuridici astratti, che esistono solo perchè costituiti da un insieme di persone fisiche che ne costituiscono gli organi ed esprimono concretamente la loro volontà. L'incontro fra la persona fisica e la *pecunia publica*, nel senso dell'attribuzione a tali soggetti del potere di amministrare tali mezzi per le finalità cui sono indirizzate e del suo concreto esercizio, rappresenta il momento cruciale per la realizzazione delle finalità private dell'amministratore attraverso le risorse "di tutti", ossia con l'appropriazione o la deviazione delle stesse dalle finalità per cui sono destinate; questo incontro-scontro d'interessi è la scintilla da cui può originare il peculato, inteso come abuso di poteri pubblici riconosciuti ad una persona fisica per realizzare i propri obiettivi con i beni della collettività.

Se questo schema è fondamentale per comprendere l'origine del peculato e del suo atteggiarsi come vero e proprio fenomeno costante in ogni esperienza giuridica, da un'analisi storico-evolutiva delle varie risposte sanzionatorie che gli sono state opposte, notiamo che il

perseguimento del medesimo scopo (la non deviazione delle risorse pubbliche dagli scopi prefissati attraverso un esercizio abusivo della funzione), si è raggiunto in conformità a principi diversi. Così, mentre nell'ordinamento romano il corretto esercizio del *munus publicum* aveva un'altissima valenza sociale, nel senso che la violazione dell'interesse collettivo all'integrità ed alla corretta gestione della *pecunia publica* da parte dei pubblici agenti era sanzionato in modo rigoroso, in epoca fascista l'indebita appropriazione delle risorse pubbliche era vista come un'offesa addirittura morale e come un atto di infedeltà del funzionario verso quella pubblica amministrazione, espressione di uno stato autoritativo, che si poneva al di sopra di ogni legittimazione democratica e che non poteva far altro se non sanzionare in modo esemplare le defezioni dei propri appartenenti. I beni pubblici sono tutelati per garantire un'immagine solida, monolitica ed autoritaria dell'apparato amministrativo pubblico.

L'avvento della Costituzione trasforma radicalmente lo stato delle cose, ponendo come ragion d'essere dell'ordinamento italiano la tutela dell'individuo in ogni suo aspetto e, quindi, modificando la *ratio* ispiratrice di molte norme vigenti fino a quel momento. L'art. 314 c.p. è stato fra le fattispecie travolte da queste novità non riuscendo, nella sua formulazione originaria, a recepire i principi di buon andamento, imparzialità dell'attività amministrativa, ma anche di legalità, determinatezza e tassatività delle fattispecie penali, che si sono affermati con la Carta Fondamentale. Per far fronte ad una fattispecie indeterminata, incapace di soddisfare i più elementari

principi in materia penale, è dovuta intervenire la magistratura; fino al 1990 l'attività interpretativa dei giudici in sede di concreta applicazione della fattispecie è stato l'unico modo per "salvare" l'originaria formulazione del peculato dalle sue lacune. Tutto questo però ha avuto come costo un inevitabile "braccio di ferro" fra i giudici e la pubblica amministrazione sulla profondità del sindacato giurisdizionale nell'ambito della discrezionalità amministrativa. Era chiaro che una tale situazione d'incertezza e libertà applicativa non potesse andare avanti e finalmente si affaccia l'idea di riformare il delitto di peculato, creando una fattispecie più determinata e che portasse ad applicazioni certe e razionali.

La legge 26 aprile 1990, n.86, nell'apprezzabile tentativo di trasformare completamente un capo del codice penale, per quel che riguarda il delitto di peculato, ad avviso di chi scrive, non è riuscita pienamente nei suoi intenti. Gran parte della dottrina rileva una certa fretta nella sua formulazione ed approvazione, dettata più da esigenze di una giustizia per le "vittime della magistratura" nelle file dei vari partiti che non da una seria volontà di attuare il dettato costituzionale; è da condividere chi ritiene "paradossale" che un'idea elaborata per anni nelle sale delle commissioni parlamentari sia sfociata in un testo in molte parti insufficiente rispetto agli scopi prefissati.

Iniziando ad esaminare le trasformazioni sostanziali, la prima da prendere in considerazione è senza dubbio l'eliminazione del "peculato per distrazione a profitto proprio od altrui". La scelta di cancellare questa condotta dall'art. 314 c.p., a favore di una sua più generica rilevanza alla luce del nuovo abuso d'ufficio, mostra una certa

superficialità nello studio degli aspetti fenomenologici e criminologici, legati alle modalità di realizzazione del reato in esame; la deviazione delle risorse dagli scopi prefissati era infatti il modo più insidioso con cui si consumava il peculato, nonché l'ambito in cui la libertà interpretativa della magistratura si atteggiava secondo un'impostazione sostanzialmente "pan-punitiva". Il legislatore avrebbe dovuto ritenere penalmente irrilevanti tutte quelle deviazioni delle risorse comunque rientranti nell'ambito delle finalità pubbliche, perché il problema non era tanto la previsione della distrazione come condotta riconducibile all'art. 314 c.p., quanto una sua formulazione in termini determinati, per assicurare un'applicazione che fosse la più certa possibile. Si è preferito invece eliminare alla radice il problema, con la conseguenza che si sono salvate tutte quelle condotte che, pur distrattive, tuttavia non sono sussumibili nell'abuso d'ufficio; si è dematerializzato il peculato per distrazione, che non ha più una propria esistenza autonoma, ma sopravvive nella fattispecie residuale dell'abuso d'ufficio, definendo una sorte impensabile per una condotta che ha rilevanza fondamentale nel peculato inteso come fenomeno criminale. Ad avviso di chi scrive sarebbe stata sicuramente più efficace una riformulazione della distrazione, nel senso di ritenere rilevanti *ex art. 314 c.p.* solo quelle condotte di abusiva deviazione delle risorse da ogni finalità pubblicistica; questo avrebbe permesso di selezionare in modo efficace e razionale i fatti da punire in sede penale, lasciando eventualmente ad altri tipi di responsabilità il compito di reagire a condotte per cui la pena detentiva è di sicuro eccessiva e controproducente.

La riflessione cambia completamente i toni nell'esaminare la seconda delle modifiche strutturali: la fusione dei delitti di peculato e malversazione a danno dei privati. Il nuovo assetto determinatosi con l'entrata in vigore della Costituzione impone una riconsiderazione delle priorità dell'ordinamento penale in tema di beni giuridici da tutelare; non è più pensabile che in un moderno Stato democratico l'appartenenza di un bene alla pubblica amministrazione o ad un privato comporti un diverso (seppur in minima parte) regime sanzionatorio, in quanto non sono più configurabili il dovere di fedeltà del funzionario e la "moralità" della struttura amministrativa come gli unici beni tutelati dal Titolo dedicato ai delitti contro la pubblica amministrazione, essendo tutto l'ordinamento finalisticamente proiettato alla tutela dell'individuo (sul bene giuridico del peculato comunque si parlerà in modo specifico nel capitolo che segue). L'operazione del legislatore penale quindi è da accogliere positivamente come effettiva ricezione delle istanze affermate a livello costituzionale.

La terza e ultima modifica strutturale, l'introduzione del peculato d'uso, è anche questa una positiva risposta del legislatore ad un'impostazione dell'ordinamento penale sicuramente eccessiva nei confronti di comportamenti che si sostanziano in meri episodi di malcostume.

Per quel che riguarda le modifiche di carattere formale, è da condividere l'opinione dottrinale che considera *"inutile se non controproducente"* l'inserimento della locuzione *"o comunque la disponibilità"* nell'art 314 c.p. (*infra* § 2.2.1).

Circa la qualificazione della cosa oggetto di appropriazione in termini di “altruità”, si ritiene questa scelta perfettamente in linea con l’impostazione che ha portato all’unificazione delle fattispecie di peculato e malversazione a danno dei privati. Probabilmente anche questo non è altro che lo scrupolo tecnicistico di un legislatore completamente concentrato a tratteggiare una fattispecie che fosse la più determinata possibile, il risultato però è che con questa modifica non si è inserito alcun contenuto normativo apprezzabile. Pur condividendo le critiche e i moniti che sono stati rilevati (*supra* § 2.2.2), sembra comunque opportuno ridimensionare la portata del problema ad un mero “pasticcio formale” facilmente risolvibile dall’interprete. Ai fini dell’applicazione dell’art 314 c.p., infatti, la già citata centralità del possesso per la ragione di ufficio o servizio (*supra* §2.2.2), intesa come elemento essenziale per la configurazione del reato, si ritiene essere perfettamente idonea a correggere ogni tipo di deviazione ermeneutica che potrebbe derivare da un’interpretazione letterale del concetto di “altruità”, pertanto l’interprete che si trovi di fronte a situazioni in cui lo stesso agente è titolare di un rapporto giuridico con la cosa oggetto di appropriazione, potrà facilmente risolverle non lasciandosi “ingannare” dagli scrupoli tecnicistici del legislatore ed utilizzando unicamente il parametro – guida del legame pubblicistico che congiunge l’agente all’oggetto materiale della condotta.

Merita, infine, analizzare la scelta di eliminare la pena pecuniaria da alcune fattispecie dei delitti contro la pubblica amministrazione. Se certamente sono comprensibili certe scelte di politica criminale da parte del

legislatore, tuttavia la giustificazione che è data in questo ambito solleva qualche perplessità, soprattutto in relazione ad una concezione “avanguardistica” del diritto penale che, per determinate fattispecie, ritiene più efficace una sanzione patrimoniale in luogo a quella detentiva. Pur condividendo le ragioni che sottostanno a questa scelta (*infra* § 2.2.3) tuttavia, ad avviso di chi scrive, una rimodulazione delle pene edittali nella qualità e nella quantità ai fini di garantire un’effettiva prevenzione generale e speciale, avrebbe potuto indirizzarsi nel senso di una rivisitazione della pena pecuniaria, per una maggiore efficacia sul piano della general prevenzione (spesso il prospettarsi di un ingente esborso di danaro ha una discreta funzione deterrente: perché appropriarsi di un bene che vale una certa cifra per poi essere condannato a pagarne il quadruplo del valore in pena pecuniaria?). Il discorso in realtà è più complesso perché sono implicati anche profili diversi dalla mera previsione di una pena anziché un’altra: la certezza del diritto nell’applicazione di quella particolare fattispecie, l’impostazione dell’istituto della prescrizione, ma anche il numero oscuro nella scoperta e nell’efficace repressione di un certo tipo di delitti, nonché la valutazione costi-benefici collegata alla commissione di un reato. Ad avviso di chi scrive è comunque fondamentale, per la creazione di un ordinamento penalistico all’avanguardia ed efficiente, una lettura delle proprie fattispecie incriminatrici alla luce della realtà cui queste si riferiscono, che si può trarre dagli studi sociologici così come dai programmi di rieducazione in ambito penitenziario, costruendo un sistema sanzionatorio adatto alla specifica situazione che s’intende regolare, per una concreta

realizzazione delle finalità preventive che il nostro ordinamento riconosce alla pena.

CAPITOLO II

IL BENE TUTELATO

1. Introduzione.

“La caratteristica peculiare e più appariscente del peculato, nell’accingersi all’analisi della sua ratio ed oggetto giuridico, sembra potersi individuare nella continua e pregnante interconnessione tra elementi di carattere personale e patrimoniale, nessuno dei quali autorizza peraltro ad una opzione sicura ed univoca in un senso o nell’altro”¹.

La citazione con cui si è voluto aprire il capitolo coglie nella sua interezza le problematiche connesse con l’argomento che andremo ad approfondire. L’esatta individuazione dell’interesse tutelato (o meglio, come vedremo, degli interessi tutelati) dall’art 314 c.p. è una questione che ha sempre caratterizzato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, portando alla creazione di un mosaico variegato e complesso di opinioni ed orientamenti, che si è plasmato ed evoluto con il susseguirsi delle stagioni del legislatore penale e costituzionale. Il rilievo della questione in esame si apprezza pienamente nel momento in cui ci rendiamo conto che è problema “congenito” del delitto di peculato la sua formulazione in termini indeterminati, per cui *“l’ampiezza ed eterogeneità dei delitti previsti dagli artt 314 e 315 ha reso difficoltosa [...] l’individuazione di*

¹ FLICK, 91 ss.

*un unitario bene giuridico di pertinenza della pubblica amministrazione[...]*².

Data la posizione maggioritaria di dottrina e giurisprudenza, che qualifica il peculato come reato plurioffensivo, si pone oggi anche un altro interrogativo, circa l'individuazione della corretta relazione gerarchica fra i vari beni tutelati dalla norma.

Il capitolo sarà strutturato in questo modo: esamineremo le posizioni dottrinali sull'individuazione del bene giuridico tutelato dall'art 314 prima e dopo la riforma, quindi affronteremo la problematica riguardante la corretta correlazione fra i vari interessi che orbitano attorno al delitto di peculato e chiuderemo il capitolo con un paragrafo dedicato all'offesa priva di rilievo penale ed un altro per le riflessioni.

2. Gli orientamenti in tema di oggettività giuridica prima della riforma.

Il periodo anteriore la riforma del 1990 può essere idealmente diviso in due intervalli temporali (con un "*prima*" ed un "*dopo*" l'emanazione della Costituzione) e gli orientamenti che vi si affermano sono tre: uno di tipo formalistico, un altro sostanziale – funzionalistico e l'ultimo a carattere patrimonialistico.

Nella prima metà del secolo scorso, il peculato è stato oggetto di interpretazioni caratterizzate da un

² BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 235; si veda anche: GUIDI, 2007, che rileva il "fisiologico deficit di determinatezza" della fattispecie di cui all'314 c.p. ed imposta il discorso in termini di "*intima correlazione*" fra esatta individuazione del bene giuridico tutelato dalla norma e determinatezza, per cui la corretta messa a fuoco del bene giuridico è "passaggio obbligato" nell'attività di delimitazione ermeneutica del raggio di operatività della norma; DI VIZIO in FORTUNA, 17.

particolare rigore, improntate quindi a una visione formalistica del bene giuridico. La dottrina maggioritaria³ lo individuava nel prestigio della P.A. e nel dovere di fedeltà del pubblico (profilando quindi il delitto di peculato come una clausola sanzionatoria per l'inosservanza di precetti extra- penali di fonte soprattutto costituzionale – amministrativo⁴). Tale orientamento si è andato poi specificando in due opzioni interpretative: la prima è più rigorosa e relaziona il buon funzionamento della p.a. con il suo prestigio e la fedeltà del funzionario; l'altra è meno formalistica e considera, anche se in via secondaria, i profili patrimonialistici dell'offesa nell'ambito dell'oggetto della tutela.

Secondo il primo *sub*-orientamento, “*oggetto giuridico non è tanto la difesa dei beni patrimoniali della pubblica amministrazione, quanto l'interesse dello Stato alla probità e fedeltà del pubblico funzionario [...] Il danno proprio del peculato (o della malversazione) infatti, più che materiale, è morale e politico: esso si concreta nella offesa del dovere di fedeltà del funzionario verso la pubblica amministrazione*⁵”. Il danno economico non era necessario per configurare il delitto (che si considerava il reato perfetto, anche in assenza di una lesione patrimoniale all'amministrazione pubblica), giacché bastava che si realizzasse il pregiudizio sia all'interesse statale al corretto funzionamento della pubblica amministrazione, sia all'immagine ed al prestigio di questa. Secondo questa impostazione il danno patrimoniale è un'eventualità che può presentarsi ma che non rileva assolutamente a fondare

³ BETTIOL – CALDERONE, 147; MAGGIORE, 126; RICCIO, 737; PANNAIN, 49.

⁴ GUIDI, 2007, 3.

⁵ MAGGIORE, 126.

la tutela dell'art 314 c.p., pertanto non possiamo propriamente parlare di peculato come delitto plurioffensivo.

In base al secondo *sub*-orientamento, i beni giuridici che rilevano sono due: il primo è di tipo generico (nel senso che è comune a tutti i delitti contro la pubblica amministrazione) e consiste nell'interesse al normale funzionamento della pubblica amministrazione; il secondo è specifico del peculato e si sostanzia nella sicurezza patrimoniale dei beni mobili appartenenti alla pubblica amministrazione e nel dovere del funzionario di fedeltà al patrimonio pubblico⁶. Da quanto riportato emerge che, sebbene l'interesse patrimoniale non assuma rilevanza preponderante come profilo di tutela, tuttavia si inizia a riconoscere un natura plurioffensiva nel delitto di peculato.

Le conseguenze di questa impostazione "formale" (e delle sue articolazioni) sono particolarmente rigorose: a) si rileva un'eccessiva dilatazione della sfera punitiva, poiché rileva ai fini del peculato anche la distrazione che si sostanzia nel mero mutamento di destinazione del bene pubblico dal fine originariamente stabilito, a prescindere dal fatto che la destinazione impressa fosse o meno rivolta ad un interesse pubblico⁷; b) si esclude in ogni caso la rilevanza del danno patrimoniale posto che, per l'integrazione del delitto di peculato, è considerata sufficiente la realizzazione di un danno morale alla p.a. La critica che viene mossa a questi orientamenti si basa sul fatto che l'infedeltà, se può rappresentare senza alcun dubbio espressione di una condotta criminosa, comunque non può rappresentare uno specifico disvalore.

⁶ RICCIO, 737.

⁷ GUIDI, 5; MAGNINI in PALAZZO, 5.

Per rimediare all'ampliamento della sfera punitiva e alle inefficienze determinate dal primo orientamento e dal suo rigido formalismo si afferma (nell'ottica di un intervento "*di ortopedia giuridico-interpretativa*"⁸), dopo l'emanazione della Costituzione, una posizione dottrinale di stampo "strutturale – funzionalistico"⁹, che rilegge le norme del codice penale alla luce dei nuovi canoni affermati nella Carta Fondamentale. La teoria che nasce da questo nuovo orientamento pone come concorrenti nell'integrare l'oggettività giuridica del peculato tanto il principio di buon andamento quanto l'imparzialità dell'amministrazione, codificati in Costituzione all'art 97. Il primo canone si sostanzia nell'esigenza d un corretto ed efficiente funzionamento della pubblica amministrazione, con riferimento alla disponibilità e all'effettiva destinazione dei beni pubblici (posseduti dal funzionario come organo dell'ente) alle finalità istituzionali. Il buon andamento quindi richiede che l'agente pubblico rispetti le funzioni e le competenze a lui riconosciute, ed assume una sfumatura patrimonialistica in considerazione della possibilità di valutare economicamente dei beni di cui deve essere garantita la disponibilità e la destinazione verso fini pubblicistici. Il canone dell'imparzialità dell'attività amministrativa è tutelato poiché si sanziona l'agire illecito a vantaggio proprio o altrui, sfruttando cioè la particolare posizione che il pubblico agente ha nei confronti del denaro o della cosa mobile per alterare l'uguale posizione di partenza dei cittadini rispetto all'amministrazione pubblica. L'orientamento in esame, per concludere, prende posizione negando che il peculato abbia come oggetto di tutela

⁸ RAMPIONI, 277.

⁹ Per tutti, RAMPIONI, 280 ss.

l'interesse patrimoniale dell'amministrazione, che verrebbe leso nel momento in cui si ledono il dovere di lealtà e probità cui sono destinatari i pubblici agenti; focalizzando sul punto, se il dovere di fedeltà è un momento costitutivo della condotta del reato, che indubbiamente incide su un substrato di natura patrimoniale, tuttavia non possiamo per ciò solo concludere che oggetto di tutela dell'art 314 c.p. sia l'interesse alla conservazione del patrimonio della p.a.; quindi ogni implicazione di natura patrimoniale ha una sua rilevanza nel qualificare il peculato come fattispecie che "comunque" offende il patrimonio, senza però influenzare e caratterizzare il contenuto offensivo del reato.

Una terza e minoritaria posizione affermava che il peculato fosse un delitto patrimoniale contro la pubblica amministrazione¹⁰. I punti di forza di quest'orientamento erano, in primo luogo, il farsi forza della *Relazione del guardasigilli*, secondo cui "*il motivo a delinquere, in questo reato, consiste nel fine di lucro*" e "*l'intima essenza del peculato non è diversa da quella del delitto di appropriazione indebita, dato che l'appropriazione la appropriazione risponde alla vera indole del fatto criminoso*"¹¹; il "fondamento comune" fra la fattispecie di peculato e quella di cui al 646 c.p. risiede, quindi, nella lesione al patrimonio, della pubblica amministrazione o di chiunque altro¹². In secondo luogo, il concetto stesso di "profitto" contenuto nella vecchia formulazione dell'art 314 c.p. si riferiva, nell'ambito della condotta distrattiva, non tanto all'identificazione del dolo specifico quanto, piuttosto, ad un concreto risultato di vantaggio conseguente

¹⁰ SCORDAMAGLIA, 569 ss.

¹¹ Per entrambe le citazioni, *Relazione del Guardasigilli*.

¹² SCORDAMAGLIA, 569.

alla condotta tenuta dal pubblico agente; il profitto quindi è inteso come un'utilità suscettibile di valutazione economica patrimoniale¹³.

3. Gli orientamenti in tema di oggettività giuridica dopo la riforma.

3.1. Plurioffensività e monoffensività a confronto. Linee generali.

La riforma del 1990 ha impresso nuova forza alla teoria della plurioffensività diretta nel peculato¹⁴, che continua a essere adottata dalla dottrina prevalente¹⁵. I beni giuridici tutelati dall'art 314 c.p. hanno quindi una duplice natura: il primo, di ordine funzionale – pubblicistico, corrisponde all'interesse dello Stato alla legalità, efficienza, correttezza, imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa, giacché distogliere il bene dalla sua destinazione originaria rappresenta un abuso della posizione giuridica del soggetto attivo; il secondo, invece, è di natura patrimoniale e si sostanzia nell'interesse della p.a. (ma anche dei privati) all'integrità dei beni, alla conservazione della finalità istituzionale del bene nonché alla non indebita ingerenza nelle situazioni giuridiche

¹³ GUIDI, 2007, 10.

¹⁴ Abbiamo detto che con le modifiche strutturali apportate all'art 314 c.p., l'oggetto giuridico del peculato acquisisce una forma più solida e definita, poiché tanto l'unificazione del peculato con la malversazione a danno dei privati, quanto l'eliminazione del peculato per distrazione (e quindi il residuo della sola fattispecie appropriativa), valorizzano e amplificano la tutela patrimoniale nell'ambito del delitto in esame, elevandola a vero e proprio interesse protetto dalla norma, al pari del buon funzionamento della pubblica amministrazione.

¹⁵ ANTOLISEI, 311; DOLCINI – MARINUCCI, *Codice Penale*; LUCIBELLO in D'AVIRRO, 86; CAGLI, 337; CUPELLI in FIORE, 44; ROMANO, 20; VINCIGUERRA, 343; SEGRETO – DE LUCA, 87. Prima della riforma: FLICK, 133.

soggettive che ad essa si ricollegano. Le riflessioni che si sono sviluppate attorno al rapporto gerarchico fra i due beni saranno approfondite nel prossimo sotto – paragrafo.

Anche la giurisprudenza condivide la tesi della plurioffensività: appare chiaro quindi che per l'identificazione del contenuto offensivo della norma in esame non ci si può limitare alla considerazione dei singoli profili di disvalore¹⁶. In particolare, l'impostazione dei giudici di legittimità può essere riassunta in queste parole: *“Il reato di peculato ha natura plurioffensiva. Esso infatti tutela non solo la legalità, efficienza, probità ed imparzialità dell'attività della pubblica amministrazione, ma altresì il patrimonio della stessa pubblica amministrazione o di terzi”*^{17 18}.

Anche se la posizione sopra esposta è consolidata in dottrina, vi sono comunque importanti opinioni che configurano il peculato come delitto monoffensivo. In primo luogo, è interessante approfondire la teoria di FORNASARI¹⁹, che si oppone fermamente alla qualificazione del peculato nei termini della plurioffensività. In particolare, si rileva come tale caratteristica del reato sia di per sé opinabile, poiché l'identificazione dell'interesse

¹⁶ Fra le pronunce più recenti: Cass., Sez. un., 6 ottobre 2009, Caruso, *CP* 2010, 90 (mot.); Cass, sez. VI, *CP* 2008, 4152; Casazz. Sez VI, 11 aprile 2005, La Rosa ed altro, *Gdir* n.18, 88; Cassaz, sez. VI, 10 giugno 1993, Ferolla, *CP* 1995, 285 (m). Prima della riforma Cassaz., sez VI, 25 ottobre 1989, Mocini, *CP* 1991, 1234; Cass., sez VI, 13 dicembre 1986, Vacca, *RP* 1987, 429; Cassaz, sez III, 17 gennaio 1984, Calvagna, *RP*, 1985, 294

¹⁷ Cassaz, sez. VI, 10 giugno 1993, Ferolla, *CP* 1995, 285 (m)

¹⁸ La plurioffensività ha implicazioni rilevanti nell'ipotesi in cui il reato sia commesso all'estero (da parte di soggetti che esercitano funzioni o servizi propri dello Stato Italiano); in questo caso, legittimati a presentare istanza ex art 341 c.p.p., affinché si proceda in Italia, sono i titolari di tutti i beni singoli lesi, e dunque anche il privato proprietario della cosa che costituisce oggetto materiale del reato.

¹⁹ FORNASARI in BONDI – DI MARTINO – FORNASARI, 115 ss.

preponderante in una fattispecie delittuosa (dalla quale possono peraltro emergere molteplici profili di tutela) è un'operazione assolutamente necessaria per orientare le scelte interpretative finalizzate alla soluzione della questione sull'applicabilità della scriminante prevista dall'art 50 c.p. (il consenso dell'avente diritto, inapplicabile se il reato tutela solo il buon andamento della p.a., come vedremo nel cap. 5, sez. I, §3). L'Autore prosegue quindi ritenendo che il peculato sia un reato che lede solo il buon andamento della p.a., perché si sostanzia in un abuso della posizione giuridica del soggetto attivo, ritenendo che l'introduzione del peculato d'uso rafforzi la sua posizione. Il ragionamento sul punto termina con l'affermazione che una lesione patrimoniale non sia del tutto estranea al peculato, che può includersi nella categoria dei reati "che comunque offendono il patrimonio"; tale conclusione, in particolare, rileva per la possibilità di applicare le circostanze comuni previste all'art 61 n.7 (danno patrimoniale di rilevante entità) ed all'art 62 n.4 (danno patrimoniale di particolare tenuità); si parla quindi di "circostanza non connotante l'offensività del reato"²⁰.

Una seconda impostazione²¹, muovendo da una prospettiva totalmente opposta a quella precedente, afferma l'esclusiva rilevanza del patrimonio quale bene finale della fattispecie di peculato. Una terza posizione²², partendo dalla critica di quanto appena esposto, afferma che in realtà il

²⁰ COCCO – AMBROSETTI – MEZZETTI, 182. L'argomento delle circostanze sarà trattato nel capitolo 6, sez. I, §2.

²¹ Per SCORDAMAGLIA, 559, basandosi su un'accurata ricostruzione storica, il peculato è un delitto di natura economico – patrimoniale; FIANDACA – MUSCO, 187, criticato da CATENACCI in PALAZZO-PALIERO, 41ss.

²² CATENACCI in PALAZZO – PALIERO, 40ss., cui si rimanda per approfondimenti; da notare che comunque l'A. richiama il patrimonio della p.a. considerandolo come un evanescente "bene intermedio".

bene giuridico tutelato dall'art 314 c.p. sia l'imparzialità della p.a., intesa come garanzia di uguale distribuzione di opportunità fra i cittadini e parità di accesso alle risorse "allocate" in mano pubblica; il pubblico agente che commette peculato, approfitta del suo potere per assicurarsi un vero e proprio "privilegio", cui non potrebbe avere accesso se non concorrendo in condizioni di parità con gli altri cittadini (si porta l'esempio del sindaco, che avrebbe potuto ottenere contributi pubblici per la propria ristrutturazione solo "mettendosi in graduatoria" per l'attribuzione dei fondi per l'edilizia residenziale). Con queste prospettive di critica al carattere della plurioffensività si ritiene di poter evitare richiami ampi e generici a dei non ben definiti "beni di categoria", inoltre si evita di incorrere nelle incertezze derivanti dal ricorso alla categoria del reato plurioffensivo che, come vedremo nel prossimo paragrafo, pone problemi non indifferenti per la gerarchia degli interessi giuridici che rilevano nella medesima fattispecie.

3.2. Plurioffensività e gerarchia dei beni giuridici: gli orientamenti funzionalisti e patrimonialisti.

Come abbiamo accennato, l'affermarsi della teoria della plurioffensività diretta ha dato origine alla seconda grande problematica in tema di oggettività giuridica del peculato, poiché la dottrina e la giurisprudenza si sono confrontate sull'eventuale prevalenza di un bene rispetto all'altro, con importanti implicazioni dal punto di vista dell'offesa penalmente rilevante (*infra*, §4).

Secondo un primo orientamento²³ (che possiamo definire “funzionalista”), l’art 314 c.p. tutela in via assolutamente prevalente l’interesse giuridico al buon andamento e all’imparzialità della pubblica amministrazione²⁴, ponendo in secondo piano ogni aspetto patrimonialistico; tale posizione si giustifica, in primo luogo, perché collegata alle novità strutturali introdotte con la riforma del 1990. In particolare, l’unificazione delle fattispecie di cui agli artt. 314 e 315 c.p., abolendo ogni profilo distintivo di tipo patrimonialistico, comporta una tutela penale focalizzata sul fatto che il pubblico ufficiale non abusi del suo ufficio, pregiudicando in questo modo la destinazione del bene²⁵. Si afferma, inoltre, che l’introduzione del peculato d’uso, con cui si sanziona la condotta di utilizzazione momentanea del bene, seguita dall’immediata restituzione, assegna alla lesione patrimoniale un ruolo solo marginale, focalizzando il disvalore nel solo abuso del pubblico funzionario, anche se è connotato dalla temporaneità e dalla immediata restituzione; diviene centrale quindi l’aver

²³ CACCIAVILLANI – CALDERONE, 88 ss.; CAGLI, 337; in relazione alla conseguente classificazione del peculato come reato “che comunque offende il patrimonio” FORNASARI, in BONDI – DI MARTINO – FORNASARI, 115 ss.; SEMINARA in CRESPI – FORTI – ZUCALÀ, 751, il quale tuttavia evidenzia come la protezione di tale interesse sia fortemente ridimensionata dall’esclusione dell’ipotesi di distrazione; LUCIBELLO in D’AVIRRO, 84; PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 46 ss.

²⁴ Sull’ipotesi che l’interesse si riferisca anche al dovere di fedeltà dell’agente (colto nel rapporto con il bene che gli è affidato), LUCIBELLO in D’AVIRRO, 85; NEGRI in NEGRI – PRISCITELLO – RIVA, 18.

²⁵ Si osserva che anche prima della riforma, per identificare il bene giuridico tutelato dalla norma, non si desse molta importanza al fatto che peculato e malversazione fossero disciplinate da due norme diverse, rilevando inoltre come lo scarto della sanzione fosse così limitato che comunque la *ratio* delle due norme fosse comunque la tutela dagli abusi dei pubblici funzionari. Su tale punto si è pronunciato CAGLI, 337; si veda anche LUCIBELLO in D’AVIRRO per un’ulteriore riflessione sull’unificazione delle fattispecie di peculato e malversazione, in quanto l’A. confronta il punto di vista dei teorici della tesi patrimonialista con quello dei funzionalisti.

momentaneamente compromesso il normale svolgimento dell'attività amministrativa.

In secondo luogo, il punto di vista in esame si fregia di aver interpretato l'art 314 c.p. avvalendosi dei canoni di cui all'art 97 Cost., con un'operazione ermeneutica finalizzata alla specifica tutela dei principi di buon andamento e imparzialità della p.a.

Nell'ipotesi in cui si realizzi un fatto di peculato, pertanto, si concreteerà un'offesa al principio costituzionale del buon andamento, perché con la sua condotta il pubblico funzionario realizza un'attività amministrativa svincolata dalle finalità istituzionali per cui dovrebbe svolgersi, ma anche all'imparzialità della p.a., perché l'abuso della posizione soggettiva è finalizzato ad avvantaggiare il pubblico ufficiale stesso ovvero un terzo. Ad avviso di chi scrive, la tesi che abbiamo appena analizzato non è condivisibile, giacché si risolve nel paradosso di negare ogni rilevanza alla plurioffensività nel peculato; è preferibile comunque rinviare l'analisi di tali aspetti critici al paragrafo successivo, dove si analizzano le ricadute concrete della teoria funzionalista nella configurazione di un'offesa priva di rilievo penale.

Altra parte della dottrina (che sostiene la tesi c.d. *patrimonialista*) si pone su una dimensione nettamente opposta a quella che abbiamo appena analizzato, affermando che *“nel rapporto fra i due interessi tutelati quello cui si deve dare prevalenza non può che essere il patrimonio pubblico, giacché il reato si realizza con l'appropriazione a proprio profitto e per finalità diverse da quelle di ufficio di un bene economico rientrante nella sfera pubblica. Pertanto l'oggetto giuridico del delitto di*

peculato si identifica con la tutela del patrimonio della pubblica amministrazione da quanti sottraggono o pongano a profitto proprio o di altri denaro o cose mobili, rientranti nella sfera pubblica, di cui sono in possesso per ragione del loro ufficio o servizio”²⁶. Questa posizione rifiuta ogni visione formalistica e tradizionale dell’oggettività giuridica, sviluppando la propria posizione sulla concretezza del bene giuridico che leso dalla condotta peculativa. Come riportato da autorevole dottrina²⁷, se si individuasse un bene giuridico che fosse privo di tale materialità (quale ad es il prestigio o la fedeltà del pubblico agente), l’accertamento della ricaduta offensiva non si avrebbe in termini di danno o pericolo, bensì si risolverebbe ad un mero accertamento della condotta “infedele”; diviene così importante individuare il bene giuridico tutelato dall’art 314 c.p. principalmente nel patrimonio, cosicchè (come vedremo nel prossimo paragrafo), si potrà realizzare la fattispecie peculativa giuridicamente rilevante solamente laddove si verifichi un reale e concreto danno patrimoniale. Con riferimento alla riforma del 1990, la tesi in esame sostiene che tanto l’eliminazione della fattispecie di peculato per distrazione, quanto l’unificazione delle fattispecie di peculato e malversazione, abbiano posto le basi per affermare che il legislatore abbia preso definitivamente una posizione nel

²⁶ In dottrina:; BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 240 ss.; DOLCINI - MARINUCCI, *Codice*, 2826; CUPELLI in FIORE, 46 ss.; AMATO, 67 ss.; FIANDACA – MUSCO, PtS, 187. In giurisprudenza: Cass., sez VI, Di Maria, 10 gennaio 2011, in Gdir 2011, n. 13, 70 (da cui è tratto il passo citato).

²⁷ CASSESE, 4179 ss., il quale auspica una rielaborazione della norma nel senso di identificare solo il patrimonio come bene giuridico protetto dall’art 314, in quanto ritiene che avrebbe ricadute significative riguardo alla concretezza della fattispecie ed eliminerebbe alcuni profili di incertezza a livello applicativo per tutte quelle fattispecie in cui abbiamo appropriazioni di lieve entità, senza che venga arrecato un vero e proprio danno economico al patrimonio, giovandone anche il principio di offensività.

senso di affermare come gerarchicamente prevalente l'interesse patrimoniale rispetto a quello funzionale²⁸. Nell'ambito di questa teoria, parte della dottrina²⁹ riconosce addirittura alla presenza di una *deminutio patrimonii* (sussistendo ovviamente tutti gli altri requisiti del reato) il reale discrimine fra la fattispecie di abuso d'ufficio (art 323 c.p., che si ritiene tuteli in via generale in buon andamento e/o l'imparzialità della p.a.) e quella di peculato (che tutela il patrimonio della p.a. e dei terzi tanto nella sua dimensione statica, quanto in quella dinamico-funzionale), per cui solo un abuso del pubblico funzionario, cui si ricollegi un effettivo danno economico alla pubblica amministrazione, sarà rilevante alla luce dell'art 314 c.p. Dalla lettura dell'art 314 c.p. si riconosce che il "buon andamento" ed l'"imparzialità" (pur essendo oggetto di tutela) abbiano carattere secondario e generico rispetto al bene protetto in via specifica dalla norma, costituito dal patrimonio della p.a. e dei privati cittadini, nel momento in cui questo entra nella disponibilità dei pubblici funzionari per ragioni di ufficio o servizio³⁰.

²⁸ FIANDACA – MUSCO, 187; LUCIBELLO in D'AVIRRO, 84; PALAZZO in PADOVANI, 9, il quale evidenzia una certa ambiguità negli esiti interpretativi che si possono trarre da tale operazione di unificazione.

²⁹ BAROLO in COPPI, 384, che sfrutta queste osservazioni per teorizzare un rapporto di genere – specie fra la fattispecie di abuso d'ufficio e quella di peculato.

³⁰ In AMATO, 67, si riporta che la giurisprudenza ammette la fedele ed onesta amministrazione come interesse meritevole di tutela, tuttavia riconosce specifico oggetto giuridico alla tutela del patrimonio dell'amministrazione.

3.3. (segue) Plurioffensività e gerarchia dei beni giuridici: le ulteriori impostazioni.

Fra gli altri orientamenti che esprimono in merito alla gerarchia degli interessi dalla fattispecie peculativa troviamo:

a) Una teoria che considera entrambi i beni di pari valore³¹;

b) Una teoria che considera addirittura una triplice dimensione di tutela³², per cui l'art 314 c.p. proteggerebbe in primo luogo il buon andamento della pubblica amministrazione, inteso come pregiudizio che la condotta criminosa reca al perseguimento delle finalità pubbliche cui il danaro o la cosa mobile; in secondo luogo sarebbe tutelato il patrimonio della p.a., in quanto le condotte aggrediscono immediatamente i mezzi (finanziari e materiali) di cui si serve la pubblica amministrazione per l'espletamento delle proprie attività; infine, l'agente che commette peculato abuserebbe dei poteri funzionali che gli sono stati "affidati, strumentalizzandoli per fini non consentiti, violando un generale dovere di fedeltà;

c) Una teoria che propone una rilettura del bene patrimonio inteso in senso non "economicistico" (come insieme di rapporti giuridici economicamente valutabili e facenti capo alla p.a.) ma "strumentale" (come insieme di beni che ha una sua utilità, strumentalità per il buon funzionamento della pubblica amministrazione, ossia risorse finanziarie finalizzate al perseguimento di interessi); così facendo si riesce ad evitare uno

³¹ SEGRETO – DE LUCA, 89; tale posizione è vista come preferibile a quelle funzionali e patrimonialistiche da NEGRI in NEGRI – PRISCITELLO – RIVA, 18.

³² PALAZZO in PADOVANI, 8; MAGNINI in PALAZZO, 5 ss.; anche se il discorso è impostato in modo diverso, LUCIBELLO in D'AVIRRO, 113.

snaturamento della nozione di appropriazione, si evita di dare rilievo a quelle aggressioni patrimoniali che non pregiudicano il regolare funzionamento della p.a. e si evidenzia in modo netto la differenza fra appropriazione indebita e peculato, dal punto di vista del bene tutelato³³;

d) Una tesi³⁴ (basata soprattutto sull'introduzione della fattispecie di peculato d'uso) che pone l'accento sul disvalore di particolari abusi qualificati del possesso dovuto all'attività prestata, per cui il dato portante per l'identificazione dell'interesse tutelato dall'art 314 risiede nell'appropriazione o comunque nell'uso dei beni in modi non compatibili con la funzione o il servizio, o comunque non consentite dall'ordinamento.

4. L'offesa priva di rilievo penale.

La configurabilità di un'offesa priva di rilievo penale si tratteggia in maniera assai diversa a seconda che si accolga una concezione della plurioffensività dal punto di vista funzionalista o di patrimonialista.

Se aderiamo alla tesi c.d. *funzionalista*, per cui il profilo patrimonialistico dell'offesa viene svalutato, allora dobbiamo concludere che *“la natura plurioffensiva del reato di peculato importa che l'eventuale mancanza di danno patrimoniale conseguente all'appropriazione non esclude la sussistenza del reato, atteso che rimane pur sempre lesa dalla condotta dell'agente l'altro interesse – diverso da quello patrimoniale – protetto dalla norma, e cioè il buon andamento della pubblica amministrazione (art*

³³ MAGNINI in PALAZZO, 7 ss.

³⁴ ROMANO, 20

97 Cost.)”³⁵. Per fare un esempio, riportiamo il caso di un radiologo, di un ospedale che si era appropriato di alcune lastre radiografiche di proprietà dell’USL, sostituendole con altre di marca diversa, prossime alla scadenza (e che peraltro erano state utilizzate dalla medesima struttura ospedaliera prima della scadenza); il giudice di appello aveva ritenuto che la mancanza di pregiudizio economico per la USL e la fungibilità fra le varie lastre comportasse l’insussistenza del reato, ma la Cassazione ha censurato tale assunto sulla scorta, fra l’altro, del principio sopra descritto³⁶.

Una critica alla teoria appena esaminata è mossa da CUPELLI³⁷, che rileva come questa particolare visione della plurioffensività si trasformi inevitabilmente in una *“giustificazione teorica a posteriori di qualsiasi interpretazione estensiva della fattispecie”*, trascurandosi quella fondamentale funzione “critica” del bene giuridico, che si impone come limite all’azione punitiva dello Stato, ed abbracciando una sua concezione *“metodologica”*, per cui abbiamo un’identificazione fra il bene oggetto di tutela, la *ratio legis* ed un potenziale avallo di ogni scelta punitiva che viene trasfusa nell’ordinamento positivo. Il risultato di questa operazione ermeneutica sarebbe, per l’A., una trasformazione del reato plurioffensivo in “alternativamente monoffensivo”, se non *“omnioffensivo”*.

³⁵ Cassaz, sez. VI, 10 giugno 1993, Ferolla, *CP* 1995, 285 (m); a sostegno di questa tesi, in giurisprudenza: Cassaz., Sez. un., 25 giugno 2009, Caruso, *CP* 2010, 90; Cassaz., sez. VI, 31 gennaio 2006, Aiello ed altro, *RP* 2006, 362 (m); Cassaz, sez. VI, 7 aprile 1999, Abate, *CP* 2001, 166; nello stesso senso, prima della riforma, Sez. VI, 2 aprile 1990, Regio, *CP* 1991, 1393 (m); in dottrina, prima della riforma MAGGIORE, 126.

³⁶ Cassaz, sez. VI, 10 giugno 1993, Ferolla, *CP* 1995, 285 (m).

³⁷ CUPELLI in FIORE, 46 SS.; critico su questo punto anche DI VIZIO in FORTUNA, 21 SS.

In realtà, per approfondire la critica che abbiamo accennato nel paragrafo precedente (*supra*, §3.2), l'impostazione funzionalista mostra tutta la sua debolezza e le sue contraddizioni proprio nel momento in cui si pone davanti alla problematica dell'offesa priva di rilievo penale. La configurazione di una plurioffensività in termini alternativi, per cui si ritiene sussistente il peculato anche nell'ipotesi in cui non si abbia alcuna lesione del buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, non è altro che un modo per mascherare un'impostazione teorica che qualifica il peculato in termini di monoffensività. È apprezzabile che la giurisprudenza si mostri propensa ad accettare una lettura delle norme in chiave evolutiva e più razionale, tuttavia non è accettabile che da questo derivi una torsione delle categorie elaborate dalla dottrina per far quadrare i conti in sede applicativa. In tal senso è da criticare anche proprio quella dottrina si attesta su posizioni funzionaliste, poichè ad una tale impostazione non si può non obiettare un fraintendimento sulla reale portata (semantica prima ancora che giuridica) dei concetti da lei stessa elaborati. Se il significato di "plurioffensivo" è "che offende più valori", allora qualificare in tal modo un delitto implica che un determinato fatto debba ledere più beni giuridici congiuntamente; ciò comporta che ritenere il reato consumato sebbene solo uno dei beni sia leso è una contraddizione in termini, che mostra la profonda incoerenza logica nell'elaborazione dottrinale, nonché nella relativa applicazione da parte della giurisprudenza.

Se si sostiene, invece, la tesi c.d. *patrimonialista*, che inquadra il peculato come un delitto che offende, in

primo luogo, il patrimonio della p.a., allora non si profilerà il reato se la cosa oggetto di appropriazione è priva di valore economico, oppure possiede un valore economico esiguo e in ogni altra ipotesi dove manca un'effettiva lesione patrimoniale^{38 39}, potendo nel caso rilevare soltanto in sede disciplinare, siccome il comportamento viola il dovere di correttezza generica e di imparzialità che comunque deve qualificare l'agire del pubblico dipendente⁴⁰. In questo caso, il delitto in esame è correttamente definito "plurioffensivo", poiché la risposta penale si avrà soltanto in questi casi concreti dove sono lesi entrambi i beni tutelati dalla norma. In particolare, si osserva che la prospettiva di una tutela orientata in primo luogo all'integrità patrimoniale funge da strumento, da "cartina di tornasole" per verificare la sussistenza di una lesione al buon andamento ed imparzialità che siano meritevoli di una risposta sanzionatoria di tipo penale. Parlare quindi di gerarchia in termini di maggiore o minore importanza di un bene rispetto all'altro è improprio, (è pacifico che in una norma penale ogni singolo valore protetto sia importante), possiamo però dire che la tutela patrimoniale si pone come *prius* logico per capire se una particolare offesa alla funzionalità dell'attività amministrativa sia penalmente rilevante.

Per fare qualche esempio: non sussiste peculato nell'uso momentaneo dell'autovettura di servizio per

³⁸ In dottrina: CUPELLI in FIORE, 46 ss.; FIANDACA – MUSCO, 187; AMATO, 67 ss. In giurisprudenza: Cassaz., sez VI, 10 gennaio 2011, Di Maria, *Gdir* 2011, n.13, 70; Cassaz., sez. VI, 29 settembre 2010, Fantino, *Gdir* 2010, 48, 56; Cassaz., sez VI, 20/10/2000, Mazzitelli, *CP* 2001, 2381.

³⁹ Interessante è la posizione di PADOVANI, *CODICE*, per il quale (come si evince dalla lettura) la punibilità del peculato senza danno patrimoniale e appropriazione irrisoria possono logicamente coesistere.

⁴⁰ AMATO, 67; MAGNINI in PALAZZO, 7.

l'acquisto di generi alimentari in un'unica occasione e per pochi minuti⁴¹; la condotta dell'appartenente alle forze dell'ordine appropriatosi di una cartuccia in dotazione fatta esplodere per fini privati non costituisce peculato, per l'esiguo valore economico della stessa⁴²; non costituisce peculato la condotta di un appartenente alle forze di polizia, cui era stata contestata l'appropriazione di tre bossoli di cartucce appartenenti all'amministrazione esplose nel corso di un'esercitazione di tiro a segno, in quanto si trattava di cose prive di alcun apprezzabile valore economico, normalmente raccolte ed eliminate come rifiuti, essendone l'operazione di ricarica troppo costosa⁴³; non costituisce peculato l'appropriazione di alcune piante, prive di una specifica destinazione di carattere patrimoniale e anzi destinate ad essere distrutte e/o cedute senza alcun corrispettivo⁴⁴. Dal confronto fra le varie sentenze riportate in nota, notiamo che l'atteggiamento della giurisprudenza sta cambiando; da sempre impostata su un orientamento funzionalistico, che pone al centro della repressione dei fatti di peculato l'interesse pubblicistico, nelle pronunce più recenti la Suprema Corte sta aprendosi alla considerazione del valore economico come elemento decisivo per la configurazione del reato di cui all'art 314 c.p.

Anche se l'argomento sarà approfondito nel seguito della trattazione (cap. 4, §4.1.2), è interessante in questa sede analizzare la posizione di autorevole dottrina circa la rilevanza del valore della cosa oggetto di appropriazione ai

⁴¹ Cass. Pen., sez. VI, 24 marzo 2006, La Rosa, *CP* 2006, 98.

⁴² Cass. Pen., sez. VI, 11 novembre 2004, Battaglia, in *C.E.D. Cass.*, n. 135678.

⁴³ Cass. Pen., sez. VI, 19 settembre 2000, Mazzitelli, in *C.E.D. Cass.*, n.215489.

⁴⁴ Cass. Pen., sez. VI, 2 giugno 1999, Cudia, in *C.E.D. Cass.*, n. 235478.

fini del delitto di peculato⁴⁵. Secondo questa teoria la “cosa”, poiché giuridicamente non è altro che un “bene” giuridico, deve necessariamente possedere un valore, sia esso patrimoniale o non patrimoniale; ne deriva che qualora il soggetto attivo si appropri di una cosa non avente alcun valore oppure ne abbia uno talmente esiguo da essere equiparato, rispetto alla considerazione sociale, come sostanzialmente nullo, non si avrà peculato. A supporto di questa tesi è criticata la tendenza giurisprudenziale per cui si sanziona ogni appropriazione astrattamente riconducibile allo schema dell’art 314 c.p., rilevandosi nello specifico un vizio di prospettiva: poiché spesso l’appropriazione di oggetti non aventi alcun valore socialmente rilevante (biglietti ferroviari usati, marche da bollo usate etc.) è commessa al fine di truffare l’amministrazione pubblica utilizzandoli nuovamente, si finisce inevitabilmente per confondere il lucro ed il danno alla p.a. derivante dalla truffa con il profitto ed il danno che sono espressione della condotta appropriativa.

5. Riflessioni.

Il peculato, complice anche la sua quasi congenita indeterminatezza, è un reato assai complesso da analizzare, tanto dal punto di vista strutturale-astratto, quanto da quello concreto-applicativo. Senza dubbio, soprattutto dopo l’emanazione della Costituzione e la riforma del 1990, è da intendersi come un reato plurioffensivo, poiché tutela tanto i principi di cui all’art 97 c.2 Cost. quanto l’integrità patrimoniale della pubblica amministrazione e dei privati.

⁴⁵ PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 69 ss.

Sebbene siano comprensibili le tesi che si mostrano scettiche su tale caratteristica, tuttavia è proprio attraverso l'analitica individuazione di questi interessi come *raison d'être* del peculato che si recupera parte di quella determinatezza che sembra sfuggire dalle mani di chi si appresta ad studiare ed applicare l'art. 314 c.p. Sulla tutela del buon andamento e dell'imparzialità c'è ben poco da dire: nel momento in cui l'art. 97 Cost. dispone che tutte le norme di ogni ramo dell'ordinamento regolanti l'attività e l'organizzazione dei pubblici uffici siano finalizzate alla realizzazione di questi principi, è inevitabile riconoscere in tutto il capo dedicato ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione la concreta attuazione del dettato costituzionale; si ritiene pertanto che vi sia una finalità comune che unisce e caratterizza tutte le norme dell'ordinamento giuridico italiano che si occupano di pubblica amministrazione. Premesso questo, per quel che riguarda il peculato viene spontaneo chiedersi che cosa caratterizzi questo particolare abuso degli agenti pubblici rispetto alla corruzione, alla concussione, ma soprattutto al più generico abuso d'ufficio. Ad avviso di chi scrive, la tutela del patrimonio come interesse tutelato dall'art 314 c.p. emerge in funzione di caratterizzazione del reato in esame rispetto a tutti gli altri disciplinati al Capo dedicato ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (soprattutto dopo l'unificazione del peculato e della malversazione a danno dei privati); il peculato è sì improntato alla tutela e alla realizzazione dell'imparzialità e del buon andamento della p.a. ma ha come *quid pluris*, come elemento caratterizzante la sua previsione in termini di fattispecie autonoma di reato, il

fatto di proteggere il patrimonio e di considerarlo come vero e proprio fine⁴⁶. Senza questa caratterizzazione non si ritiene che il peculato abbia ragione di esistere come fattispecie autonoma; se deve solo attuare i principi di cui all'art 97 Cost. tanto vale farlo confluire nell'abuso d'ufficio. Non siamo di fronte ad un delitto contro la pubblica amministrazione "*che comunque offende il patrimonio*", bensì ad un delitto contro la p.a. "*che offende il patrimonio*". L'integrità patrimoniale non è solo uno degli interessi tutelati dalla norma ma è la *ratio* specifica della stessa; lo schema finalistico dell'art 314 c.p. è quello di determinare un esercizio corretto ed imparziale dell'attività amministrativa finalizzato alla tutela dei beni pubblici e privati⁴⁷.

La classificazione del peculato come delitto plurioffensivo, nei termini sopra esposti, si ritiene che abbia una sua giustificazione anche sul piano criminologico. Questo reato, contestualizzato in un dato momento storico, può assumere le sembianze di un vero e proprio fenomeno criminoso, ovvero sia di un'entità che trascende dai singoli fatti delittuosi e si pone davanti all'ordinamento giuridico come un insieme di comportamenti devianti, alcuni espressione di un mero malcostume, altri invece di un comportamento doloso ben più grave e finalizzato allo sfruttamento della funzione pubblica per ottenere vantaggi privati, violando in quest'ultimo caso non solo le norme sociali generalmente accettate, ma anche le regole poste dall'ordinamento penale. La classificazione del peculato in termini di

⁴⁶ Nello stesso senso DE MARSICO, 565.

⁴⁷ Si condivide il punto di vista di DE MARSICO, 565, che identifica nei delitti dei p.u. contro la pubblica amministrazione una *ratio* comune ed una *ratio* specifica per ogni fattispecie.

fenomeno pone un interrogativo piuttosto delicato circa il ruolo ed i limiti del diritto penale sostanziale e processuale nell'affrontare questa realtà. Posto che lo strumento penalistico ha la funzione di accertare fatti e responsabilità e non di combattere fenomeni, è inevitabile che di tutte le condotte che concretamente si realizzano e che sono astrattamente suscumbibili nell'art. 314 c.p. il diritto penale non possa occuparsi. Un conto è accertare l'esistenza e le responsabilità legate ad un fatto, altra cosa è utilizzare lo stesso strumento per la lotta ad un certo tipo di criminalità.

Abbiamo analizzato (*retro* § 2.5) le implicazioni, in termini applicativi, delle diverse concezioni sulla gerarchia dei beni giuridici tutelati dall'art. 314 c.p. ed abbiamo visto che la tesi patrimonialistica esclude la rilevanza penale di tutte quelle condotte che, pur astrattamente peculative, non ledono l'integrità patrimoniale della p.a. o dei privati. Ad avviso di chi scrive questa è il fulcro per la caratterizzazione dello strumento penalistico nel che si atteggi come l'ingranaggio di un meccanismo più ampio di lotta al fenomeno criminale, costituito da una risposta ordinamentale che si esprime su più fronti. Come rilevato ampiamente dalla dottrina⁴⁸ (anche se per il reato di corruzione e concussione) ed accolto in tempi assai recenti dal legislatore, lo strumento più efficace per arginare gli abusi dei pubblici funzionari è, prima ancora dello strumento penale, la prevenzione a livello amministrativo; non si può pensare di avvalersi del diritto penale e dei giudici per scaricare su di loro le conseguenze di un apparato che necessita di una profonda rivisitazione. Già gli esiti del periodo di Tangentopoli mostrano i limiti della

⁴⁸ Cfr. AA. VV., *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa.*, a cura di F. Palazzo, Firenze, 2011.

giustizia penale, che viene chiamata ad interpretare un ruolo non suo, e la necessità di rivisitare tutto il sistema creando strumenti che graduino la risposta sanzionatoria in relazione al fatto concretamente realizzato; che senso ha adire un giudice penale perché un poliziotto ha sottratto tre bossoli durante un'esercitazione di tiro al bersaglio? L'irrogazione di una pena detentiva, pur vigendo l'attenuante *ex art. 323 bis c.p.*, è davvero la risposta giusta a questo genere di fatti? Per quel che riguarda la condotta, non c'è dubbio che si abbia l'appropriazione da parte di un agente pubblico dei beni che la p.a. gli ha affidato in ragione del proprio ufficio, però non possiamo trascurare come la lesione patrimoniale per l'amministrazione sia pressochè inesistente. In occasione di questi fatti, che possono essere mero malcostume o anche semplice ingenuità, ad avviso di chi scrive la risposta ordinamentale deve essere diversa: sia essa una forma di responsabilità disciplinare o anche solo morale, comunque non deve coinvolgere il giudice penale, in quanto comprometterebbe le finalità preventive della pena e costituirebbe un'inosservanza dell'art. 27 comma 3 della Costituzione.

CAPITOLO III

I SOGGETTI

1. Il peculato come reato proprio, le novità normative e il soggetto passivo

1.1. Il peculato come reato proprio

Il peculato è un reato proprio, poiché è realizzabile solo da un pubblico ufficiale (art 357 c.p.) o da un incaricato di pubblico servizio (art 358 c.p.) ma non da un esercente servizio di pubblica necessità (art. 359 c.p.). Nello specifico, possiamo identificarlo come reato proprio “*in senso lato*”¹ oppure “*semiesclusivo*”², a seconda dei metodi di classificazione che adottiamo; si nota comunque che il possesso della qualifica di per sé non fonda il disvalore del fatto ma rileva per il mutamento del titolo del reato. Secondo un orientamento dottrinale³, i delitti

¹ FIANDACA MUSCO, PtG, 157 ss., che distingue i reati propri “in senso stretto”, dove la qualifica soggettiva rileva ai fini stessi della qualificazione del fatto come reato (es. la condizione di ascendente o fratello che determina la punibilità dell’incesto) dai reati propri “in senso lato”, dove la qualifica soggettiva determina un mutamento del titolo del reato (es. un’appropriazione indebita si trasforma in peculato se commessa da un pubblico ufficiale ai danni della p.a.).

² MANTOVANI, PtG, 109 ss., che distingue fra: a) *reati propri non esclusivi*, costituiti da fatti che, senza la qualifica soggettiva, pur sempre costituirebbero illecito extrapenale o resterebbero, comunque offensivi di altri interessi, perché la qualifica non determina di per sé l’offensività del fatto ma circoscrive solo la punibilità di determinati soggetti (es. i fatti pregiudizievoli ai creditori che divengono bancarotta se commessi dall’imprenditore); b) *reati propri semiesclusivi*, costituiti da fatti che, in assenza della qualifica soggettiva, costituirebbero un reato diverso, più o meno grave (es. appropriazione indebita invece di peculato), in quanto la qualifica non determina l’offensività e l’illiceità generica, bensì quella specifica; c) *reati propri esclusivi*, in cui l’assenza di qualifica rende i fatti completamente inoffensivi e, di conseguenza, leciti (es. incesto, evasione, bigamia); CECCOBELLI, 5, parla di “*reati propri ma non esclusivi*”.

³ PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 26 ss.

incriminati al Capo I del Titolo II del Libro II del codice penale costituiscono una categoria dei “reati propri”, ovvero i “delitti funzionali”, nel senso che sono commessi dal pubblico ufficiale o dall’incaricato di pubblico servizio nell’esercizio delle sue funzioni. Quest’autorevole dottrina qualifica inoltre i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione come reati propri c.d. “*a struttura inversa*”⁴. Si parte dal presupposto che i reati propri siano inquadrati in una sorta di “legittimazione ad agire”, per cui solo i soggetti in possesso della qualifica possono compiere la condotta illecita prevista dalla norma in modo “conforme ai requisiti posti dalla legge”. Sono quindi individuati due tipi di legittimazione: a) il primo, che è legato direttamente al possesso della qualifica normativa (es. i militari, i cittadini etc.) per cui abbiamo le fattispecie di cui agli artt. 242 c.p. (cittadino che porta le armi contro lo Stato italiano) e l’art 173 c.p.m.p. (disobbedienza del militare ad un ordine) ed identifica una gamma di reati c.d. “propri a struttura diretta”; b) il secondo dipende invece da una situazione di fatto, la cui presenza fa scaturire un obbligo particolare (si porta ad esempio l’omissione di soccorso ex art 593 c.p. ma anche e soprattutto i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione) e che identifica una gamma di reati c.d. “propri a struttura inversa”. Focalizzando la nostra attenzione sui delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, presupponendo una concezione oggettiva del pubblico ufficiale e dell’incaricato di pubblico servizio, è inevitabile considerarli “reati propri a struttura inversa”, nel senso che è un elemento del fatto di

⁴ PAGLIARO, 1995, 975 ss; PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 26 ss.

questi reati che rifluisce sulla qualifica soggettiva dell'agente. Per essere più precisi, questi reati possono essere commessi da chiunque si trovi a svolgere, di fatto, una determinata funzione o servizio e quindi, sempre in via di fatto, sia in grado di sfruttare questo tipo di rapporti. Proseguendo con l'analisi dei delitti di cui al Titolo I, Libro II c.p., si rileva che al soggetto attivo è richiesto l'esercizio delle pubbliche funzioni da compiersi secondo una specifica modalità del fatto, tipico dei reati "*di propria mano*" (ad es. l'incesto), per cui rileva uno specifico rapporto fra l'"intraneo" (il soggetto qualificato) ed un particolare requisito del fatto di reato. L'"intraneo" nei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione è quindi chi, pur privo di una formale investitura della pubblica funzione, comunque la svolge e, in secondo luogo, si trova con qualche elemento del fatto tipico in un rapporto che dipende dall'esercizio di quella funzione. Per calare questa struttura teorica nella dimensione dell'art 314 c.p., possiamo dire che nel peculato è "intraneo" chi si trova in una situazione di fatto per cui possiede la cosa per la ragione dell'ufficio o del servizio; la qualifica pubblicistica può quindi essere riconosciuta anche a quel soggetto che, privo di una formale investitura della pubblica funzione, sia posto nelle condizioni, per prassi, consuetudini o anche per circostanze occasionali, di riscuotere o detenere denaro (o cose) di pertinenza dell'amministrazione pubblica⁵. In

⁵ MAGNINI in PALAZZO, 9 ss., che tuttavia critica questo punto di vista, in quanto ritiene che di fatto trasformi il peculato da reato proprio a reato comune e non tenga conto delle differenze fra il peculato e l'appropriazione indebita. Ad avviso di chi scrive tale orientamento non è condivisibile, poiché il principale elemento discriminante, che qualifica il peculato rispetto all'appropriazione indebita, è proprio il nesso che intercorre fra il soggetto e l'oggetto della condotta: il possesso "per la ragione di ufficio o servizio" mostra indubbiamente i caratteri della specialità nei confronti del possesso "a qualsiasi titolo" previsto per

negativo, si qualifica come “estraneo” non il soggetto che è privo di un’astratta qualifica, quanto quello che, di fatto, non svolge una pubblica funzione riguardo alla specifica situazione di fatto che è resa tipica dalla fattispecie delittuosa; in concreto, nel delitto di peculato sarà “estraneo” quel soggetto che non possiede la cosa per ragione di ufficio o servizio, anche se magari sotto altri aspetti è da considerarsi un pubblico ufficiale.

È importante, quindi, rilevare che soggetto attivo è il “funzionario di fatto” (ovverosia quella figura che esercita una pubblica funzione, anche se in base ad un titolo irregolare); commette quindi peculato chi concretamente esercita tale funzione a prescindere dalla sua formale investitura (si badi bene, deve sussistere il beneplacito o comunque l’acquiescenza dell’amministrazione di appartenenza)⁶, poichè ciò che rileva è soltanto la relazione oggettiva fra l’esercizio della funzione e l’attività dell’organo, di modo che non faccia alcuna differenza che l’atto sia formalmente valido o invalido. Quest’impostazione è giustificata dalla volontà di tutelare in modo pieno chiunque sia entrato in buona fede in rapporto con l’amministrazione nella persona del funzionario di fatto, a prescindere dalla validità formale della sua investitura e dei suoi atti.

La dottrina ha aperto un acceso dibattito sulla configurabilità del peculato in caso di “usurpazione delle funzioni pubbliche” da parte dell’agente. Un primo orientamento nega che questa situazione possa sfociare in un’imputazione per peculato, ritenendo che il rapporto fra

l’appropriazione indebita e si pone come linea di demarcazione per l’ascrizione delle diverse responsabilità.

⁶ Cass. Pen., sez. VI, 29 marzo 2005, Tarricone ed altri, in *Riv. Pen.* 2006, 470; Cass. Pen., sez. VI, 19 giugno 2003, D’Alessio, in *Riv. Pen.* 2004, p.757.

persona fisica ed amministrazione debba comunque svolgersi entro i binari della liceità e che quindi l'atto non sia viziato in modo radicale⁷. Una seconda teoria invece ritiene che possa ben configurarsi la qualifica di pubblico agente anche in caso totale assenza del titolo, nonché di usurpazione delle funzioni pubbliche. La giustificazione che si avanza per questa tesi è la non incompatibilità fra la qualifica di funzionario di fatto e quella di usurpatore, giacché si osserva come l'art 347 c.p. (usurpazione di funzioni pubbliche) non abbia, né fra i presupposti, né fra le conseguenze, la necessaria impossibilità di imputare allo Stato o ad un altro ente pubblico le funzioni che sono svolte dall'usurpatore; pertanto, ogniqualvolta l'imputazione è possibile, allora l'usurpatore sarà un pubblico ufficiale⁸.

L'art. 3 della legge 29 settembre 200, n.300⁹ ha introdotto, con l'aggiunta nel Codice dell'art. 322 *bis* (modificato nel 2009 e 2012 nei modi riportate in nota), nuovi soggetti attivi per il peculato ma anche per altri gravi delitti contro la pubblica amministrazione, elaborando la norma in questi termini:

⁷ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 245; DOLCINI – MARINUCCI, *Codice*, 2827; Prima della riforma: MANZINI, 39; MAGGIORE, 108; In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 19 settembre 1995, Ceravolo, in *Giust. Pen.* 1996, II, C.364.

⁸ PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 17; SCORDAMAGLIA, 595, condivide la posizione di Pagliaro. In giurisprudenza, seppure in posizione assolutamente minoritaria: Cass. Pen., sez. III, La Posta, in *Cass. Pen. Mass.* 1964, p.1056, dove il giudice ritiene che caratteristica della pubblica funzione non sia tanto l'appartenenza ad un pubblico ufficio, quanto piuttosto la natura in concreto dell'attività svolta.

⁹ La stessa legge che, all'art. 11, ha conferito al Governo una delega per la definizione di una responsabilità diretta degli enti per illecito amministrativo dipendente da reato (che ha portato all'emanazione del dlgs. 231/2001).

Art. 322-bis. Peculato, concussione, induzione indebita dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri.¹⁰

I. Le disposizioni degli articoli 314, 316, da 317 a 320 e 322, terzo e quarto comma, si applicano anche:

- 1) ai membri della Commissione delle Comunità europee, del Parlamento europeo, della Corte di Giustizia e della Corte dei conti delle Comunità europee;*
- 2) ai funzionari e agli agenti assunti per contratto a norma dello statuto dei funzionari delle Comunità europee o del regime applicabile agli agenti delle Comunità europee;*
- 3) alle persone comandate dagli Stati membri o da qualsiasi ente pubblico o privato presso le Comunità europee, che esercitano funzioni corrispondenti a quelle dei funzionari o agenti delle Comunità europee;*
- 4) ai membri e agli addetti a enti costituiti sulla base dei Trattati che istituiscono le Comunità europee;*
- 5) a coloro che, nell'ambito di altri Stati membri dell'Unione europea, svolgono funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio;*
- 5-bis) ai giudici, al procuratore, ai procuratori aggiunti, ai funzionari e agli agenti della Corte penale internazionale, alle persone comandate dagli Stati parte del Trattato istitutivo della Corte penale internazionale le quali esercitano funzioni corrispondenti a quelle dei funzionari o agenti della Corte stessa, ai membri ed agli addetti a enti costituiti sulla base del Trattato istitutivo della Corte penale internazionale.*¹¹

II. Le disposizioni degli articoli 319-quater, secondo comma,¹² 321 e 322, primo e secondo comma, si applicano anche se il denaro o altra utilità è dato, offerto o promesso:

¹⁰ La rubrica che recitava: "Peculato, concussione, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri." è stata così sostituita dall'art. 1 legge 6 novembre 2012, n.190.

¹¹ Numero aggiunto dall'art. 10, comma 1, lett. a), legge 20 dicembre 2012, n. 237.

¹² Le parole: "319-quater, secondo comma," sono state aggiunte dall'art. 1, legge 6 novembre 2012, n. 190.

1) alle persone indicate nel primo comma del presente articolo;
2) a persone che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'ambito di altri Stati esteri o organizzazioni pubbliche internazionali, qualora il fatto sia commesso per procurare a sé o ad altri un indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali ovvero al fine di ottenere o di mantenere un'attività economica finanziaria.¹³

III. Le persone indicate nel primo comma sono assimilate ai pubblici ufficiali, qualora esercitino funzioni corrispondenti, e agli incaricati di un pubblico servizio negli altri casi.

Per quel che ci riguarda, il primo comma estende l'applicazione delle più gravi fattispecie di delitti contro la pubblica amministrazione a vari soggetti (elencati dal numero 1 al 5 *bis*) operanti nel settore internazionale; è importante sottolineare come il legislatore abbia accolto una nozione assai lata di p.a.¹⁴, comprensiva anche delle funzioni legislative e giudiziarie (si consideri il riferimento al Parlamento Europeo, la Corte di giustizia e la Corte dei conti), mentre la funzione amministrativa rileva in quanto esercitata in ogni ambito (comunitario e dei singoli Stati membri). Al terzo comma invece abbiamo una specifica equiparazione dei soggetti elencati nel primo comma ai nostri pubblici ufficiali (nell'ipotesi in cui esercitino le funzioni corrispondenti) e agli incaricati di pubblico servizio (in tutti gli altri casi).

In generale, l'approvazione della legge 300/2000, si pone alla fine di un travagliato *iter* legislativo di adeguamento dell'ordinamento agli accordi stipulati in sede internazionale per il contrasto di nuove forme di criminalità

¹³ Le parole: "ovvero al fine di ottenere o di mantenere un'attività economica finanziaria" sono state aggiunte dall'art. 3, comma 1, della legge 3 agosto 2009, n. 116.

¹⁴ ROMANO, 2008, 244 ss.

economica, nonché di corruzione, che coinvolgono funzionari della CE o dei suoi Stati Membri; tutte le novità sono orientate alla tutela di beni giuridici di diretta rilevanza extranazionale, tanto a livello comunitario quanto internazionale¹⁵. Senza l'art. 322 *bis* c.p., infatti, i soggetti elencati al comma 1 non avrebbero mai potuto essere considerati autori dei delitti che si intendono reprimere, sia perché non hanno la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio (gli artt. 357 e 358 c.p. si riferiscono solo agli agenti pubblici dell'ordinamento italiano¹⁶), sia perché la p.a. offesa non sarebbe stata la quella italiana. Se questi sono gli obiettivi e le premesse, la dottrina non ha tardato a mostrare le sue perplessità sulla tecnica utilizzata per raggiungerli, criticando l'estensione soggettiva delle fattispecie del Codice come operata dal legislatore¹⁷. In particolare, si critica che questo ampliamento riguardi soltanto i delitti richiamati tassativamente dall'art 322 *bis* c.p. (peculato, concussione, istigazione e corruzione); la conseguenza di quest'impostazione è che qualora in futuro dovessero manifestarsi esigenze di ampliamento dei delitti da reprimere (si può fare l'esempio di un comune abuso d'ufficio ma commesso da un funzionario comunitario), si dovrà necessariamente intervenire modificando l'art 322 *bis* c.p. Per ovviare a queste difficoltà si sarebbe potuto procedere rimodellando le figure di cui all'art 357 e 358 c.p. oppure aggiungendo una nuova norma definitoria.

¹⁵ FIANDACA – MUSCO, PtS, 243.

¹⁶ ROMANO, 2008, 243.

¹⁷ FIANDACA – MUSCO, PtS, 243; ROMANO, 2008, 245 ss.

1.2. Il soggetto passivo del reato

Per quel che riguarda l'identificazione del soggetto passivo del reato, ci troviamo di fronte a due posizioni dottrinali distinte: per la prima¹⁸, soggetto passivo è solo la pubblica amministrazione, mentre i “danneggiati” possono essere i soggetti che di riflesso ed in via del tutto eventuale hanno subito un pregiudizio dalla condotta illecita del soggetto qualificato; per la seconda¹⁹, anche il privato è soggetto passivo, quando venga offeso in concreto un suo interesse patrimoniale, così come avveniva, in passato, per il delitto di malversazione, previsto dall'art. 315 c.p.

2. I problemi applicativi in tema di qualifiche soggettive pubblicistiche

La corretta enucleazione delle nozioni di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio è sempre stato un problema, tanto per la dottrina quanto per la giurisprudenza. È quasi superfluo rilevare l'importanza di dette nozioni che, come affermato da autorevole dottrina, costituiscono la “cornice” entro cui vanno collocate e quindi interpretate tutte le singole figure di reato proprio contro la pubblica amministrazione²⁰. Nell'ambito del peculato, inoltre, tutto ciò è ulteriormente complicato dal fatto che questo reato s'inserisce in una realtà ordinamentale ibrida, dove sono compresenti profili pubblicistici e privatistici (es. il settore radiotelevisivo) o dove abbiamo il progressivo affermarsi di modelli

¹⁸ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 246; DOLCINI – MARINUCCI, *Codice*, 2827.

¹⁹ ROMANO, 2013, 21; CUPELLI in FIORE, 48; PALAMARA in PALAMARA – TENORE, 38.

²⁰ SEVERINO DI BENEDETTO, 1995, 510.

organizzativi c.d. “intermedi” fra pubblico e privato (es. società per azioni a partecipazione statale); ciò comporta enormi difficoltà nell’identificare o meno in capo al soggetto che tiene una condotta appropriativa, suscettibile di rilevare ex art 314 c.p., la qualifica soggettiva che fa da chiave di volta per la corretta applicazione della norma di legge.

I momenti storici da analizzare per comprendere il percorso evolutivo dell’interpretazione dei concetti di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio sono quello antecedente e successivo la riforma del 1990 che, con gli artt 17 e 18, è intervenuta “prepotentemente” per portare un po’ di chiarezza nel caos esegetico che si era creato intorno alle vecchie formulazioni degli artt. 357 e 358 c.p.

2.1 L’assetto antecedente la riforma

Prima del 1990, pubblica funzione e pubblico servizio erano disciplinati dal Codice nei seguenti termini:

Art. 357. Nozione del pubblico ufficiale

Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali: 1) gli impiegati dello Stato o di un altro ente pubblico che esercitano, permanentemente o temporaneamente, una pubblica funzione, legislativa, amministrativa o giudiziaria; 2) ogni altra persona che esercita, permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo, una pubblica funzione, legislativa, amministrativa o giudiziaria.

Art 358 . Nozione della persona incaricata di un pubblico servizio

Agli effetti della legge penale, sono persone incaricate di un pubblico servizio: 1) gli impiegati dello Stato o di un altro ente pubblico i quali prestano, permanentemente o temporaneamente, un pubblico servizio; 2) ogni altra persona che presta, permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo, un pubblico servizio.

Da un punto di vista strutturale, notiamo subito come le disposizioni siano perfettamente identiche in ogni elemento testuale tranne uno, essenziale per la caratterizzazione dei diversi soggetti: abbiamo quindi “esercizio di una pubblica funzione” da un lato, “prestazione di un pubblico servizio” dall’altro. Autorevole dottrina²¹ inoltre rileva che, per come sono formulate le norme, tanto nell’art 357 quanto nell’art 358, dalla contrapposizione fra n.1 e n.2 emerge la totale superfluità del n.1; se, infatti, in base al n.2, basta l’esercizio di una pubblica funzione o di un pubblico servizio da parte di “chiunque”, è superflua la menzione che il n.1 fa dell’“impiegato” dello Stato o di altro ente pubblico, criticando le opinioni di chi ritiene esistenti elementi discretivi che rendano quindi diversa la posizione dell’impiegato da chi non è investito di tale rapporto con l’ente e ritenendo l’impostazione strutturale delle fattispecie retaggio del vecchio art 207 c.p. Zanardelli e del *trend* autoritario del periodo in cui si andava formando il nuovo Codice. Premesso ciò, queste due norme erano tanto importanti quanto prive di pregnanza definitoria²²; a una formulazione che finiva per rivelarsi tautologica doveva

²¹ PANNAIN, 20.

²² PANNAIN, 17ss., parla in proposito di una tanto lodevole quanto inutile “umiltà” del legislatore, che si è astenuto dal definire in modo preciso i concetti di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio, giacché riteneva che nel diritto pubblico (sede naturale della materia) queste nozioni fossero, se non pacifiche, almeno ampiamente affrontate.

quindi supplire un'attività esegetica dell'interprete per delineare i confini degli agenti pubblici, attività (assai difficile) che tuttavia assumeva un'importanza centrale in sede di applicazione del diritto, soprattutto per la moltitudine di casi *border line* che si presentavano davanti ai giudici²³, dovuti anche al proliferare incontrollato di nuovi enti pubblici durante il periodo pre-costituzionale, nonché alle varie leggi antecedenti al Codice Rocco, con cui si riconosceva la qualità di pubblico ufficiale ad intere categorie di soggetti²⁴. Inoltre, come rilevato dalla dottrina²⁵, una caratteristica delle norme in esame era il ricorrere ad un metodo di classificazione di tipo “misto” e “dualistico” che combinava, come criteri per riconoscere gli agenti pubblici, un parametro soggettivistico (il riferimento agli impiegati dello Stato o di un qualsiasi altro ente pubblico chiamati ad esercitare una pubblica funzione o prestare un pubblico servizio) ed uno di tipo funzionale – oggettivo (il riferimento ai soggetti che, pur non impiegati, siano comunque esercenti, permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo, una pubblica funzione o un pubblico servizio). Da parte dell'interprete, che si è mosso in questo terreno normativo dissestato dalla genericità e dall'assoluta mancanza di pregnanza contenutistica, le

²³ ANTOLISEI, PtS II, 294 ss., rileva come l'atteggiamento della giurisprudenza si risolse in un allargamento a dismisura della cerchia dei pubblici ufficiali, giungendo addirittura a soluzioni pratiche del tutto arbitraria; l'A. riporta alcuni esempi (il bidello universitario, il vigile del fuoco, l'accalappiacani), che per la giurisprudenza di legittimità avevano una certa qualifica, mentre per la dottrina (soprattutto MANZINI) ne ricoprivano un'altra.

²⁴ Ad es., la legge 22 aprile 1905, n. 137, riconobbe la qualità di pubblico ufficiale agli addetti delle Ferrovie dello Stato; la legge 20 dicembre 1923, n. 2863 invece disciplinò gli addetti ai servizi telegrafici, telefonici, radiotelegrafici etc; tutte leggi che, come rileva ANTOLISEI, PtS II, 295, non furono ritenute abrogate per mezzo dell'introduzione del Codice Rocco dalla giurisprudenza prevalente.

²⁵ GUIDI, 2007, 37 ss.; in termini descrittivi dell'art 357 c.p.: MAGGIORE, 106.

strade intraprese per una corretta delineazione delle figure di pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio sono state due; abbiamo perciò una “concezione soggettiva” ed una “concezione oggettiva” del pubblico agente. Secondo il primo orientamento²⁶ (affermatosi subito dopo l’entrata in vigore del codice Rocco ma ben presto superato), la natura di pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio è strettamente collegata con la pubblicità dell’istituzione in cui la persona fisica impiegale proprie energie lavorative, nonché con la natura pubblicistica delle funzioni attribuite al soggetto in forza del rapporto d’impiego; di conseguenza si affermava che, *“agli effetti della legge penale”*²⁷, dovesse considerarsi pubblico agente chiunque (impiegato e non) fosse organicamente inserito in un’istituzione pubblica, a prescindere da ogni indagine sul tipo di attività concretamente esercitata. Il giudice penale, pertanto, quando era chiamato a valutare la sussistenza della qualifica soggettiva necessaria per applicare la fattispecie di cui al 314 c.p., avrebbe dovuto limitarsi ad accertare la sussistenza e la liceità sostanziale del rapporto che lega l’imputato con l’amministrazione (negando pertanto ogni rilevanza all’usurpazione della funzione). Secondo l’opposto orientamento c.d. “oggettivo” (seguito dalla dottrina dominante, cui presto fece seguito la giurisprudenza), criterio discretivo per l’attribuzione della qualifica all’agente era l’esercizio in concreto di una

²⁶ In dottrina: MAGGIORE, 105 ss.; MANZINI, 139.

²⁷ PANNAIN, 18, sottolinea (in reazione a chi riteneva gli articoli in esame come una limitazione per il penalista) come questa espressione estenda l’applicabilità degli artt. 357 e 358 c.p. nei confronti di tutto il diritto penale (non limitandosi quindi al titolo dei delitti contro la p.a.); analogamente, ROMANO, 2008, 242 ss., afferma che questa locuzione, lungi dall’esaurirsi in un mero affrancamento delle norme penalistiche dal diritto amministrativo o costituzionale, delinea una portata delle norme definitorie per l’intero sistema penale.

pubblica funzione o di un pubblico servizio, a prescindere da un qualsiasi rapporto d'impiego con un'amministrazione e da ogni analisi di tipo formale su di esso²⁸. Questa teoria si basa su una lettura assai attenta dell'art 357 c.p. (soprattutto del numero 2) la quale, evidenziando il riferimento a "qualsiasi persona", apre le porte dell'esercizio della pubblica funzione anche a quei privati cittadini che non sono in rapporto d'impiego pubblico con l'ente. Abbiamo uno "svincolo" del concetto di funzione pubblica (ma anche di pubblico servizio) dal rapporto di dipendenza dallo Stato o da altro ente pubblico e un ancoraggio della stessa alla realtà fattuale dell'attività concretamente esercitata; perché si possa parlare di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, in sintesi, *"necessario e sufficiente è che si abbia l'esercizio di una pubblica funzione, la prestazione di un pubblico servizio"*²⁹. La tesi in esame divenne maggioritaria prima della riforma (che a sua volta la consacrerà come elemento strutturale per la definizione delle due qualifiche pubblicistiche), tuttavia l'ambiguità congenita del dato normativo determinò il proliferare di diverse "variazioni su tema", per quanto riguarda l'enucleazione dei criteri da ritenere decisivi per l'attribuzione delle qualifiche. A causa di questa situazione la giurisprudenza decise di procedere caso per caso e, fra le tante teorie avanzate, la più in voga era di riconoscere la qualità di pubblico agente in base ad "indici rivelatori di pubblicità"³⁰. Fra gli elementi

²⁸ In dottrina: SEVERINO DI BENEDETTO, 1983, 50ss; PANNAIN 19 ss. In giurisprudenza: Cass. Pen., sez III, 21 giugno 1963, Borzone, in *Giust. Pen* 1964, II, c.452.

²⁹ PANNAIN, 21.

³⁰ Cass. Pen., sez. VI, 18 novembre 1967, Batocchi, in *Cass. Pen. Mass.*, 1969, p.256; Cass. Pen., sez VI, 16 novembre 1967, Filardo, in *Giust. Pen.* 1968, II, c.749. Dopo la riforma l'impostazione continua ad essere seguita da parte della

sintomatici pertanto annoveriamo: la natura pubblica attribuita all'ente (indipendentemente dalle finalità che persegue); la natura pubblica dell'attività svolta da un certo soggetto (che a sua volta si desume da altri elementi sintomatici: natura pubblicistica della disciplina, dal carattere pubblico delle risorse utilizzate etc...); la sottoposizione dell'agente ad attività di controllo e indirizzo da parte di autorità di vigilanza; il potere di nomina e di revoca degli organi direttivi da parte di un ente pubblico; il carattere pubblicistico delle risorse utilizzate; nel perseguimento di finalità di pubblico interesse. La dottrina³¹ si è mostrata insoddisfatta da quest'impostazione: in primo luogo si dà troppo spazio ai rapporti fra l'ente di appartenenza dell'agente e l'amministrazione pubblica (ritenendo talvolta decisiva la mera natura pubblicistica dell'ente); in secondo luogo si rileva l'evanescenza e l'estrema malleabilità dei parametri elaborati dalla giurisprudenza, come ad esempio l'esistenza di un interesse pubblico o il perseguimento di finalità pubblicistiche, comportando un'eccessiva ampiezza della qualità di pubblico agente, che prescinde da considerazioni di tipo analitico.

giurisprudenza: Cass. Pen, sez VI, 1 dicembre 1997, Balistreri, in *Dir. Pen. Proc.* 1998, 1532; Cass. Pen., sez. VI, 15 dicembre 1997, Pellegrini ed altro, in *Dir. Pen. Proc.* 1998, 1533, entrambe con nota di VICICONTE, *Ancora contrasti interpretativi sulle qualifche soggettive nei reati contro la pubblica amministrazione*, p. 1353 ss.

³¹ GUIDI, 2007, 41.

2.2. L'assetto successivo alla riforma

Con la riforma, gli articoli 357 e 358 c.p. sono stati modificati nei modi seguenti:

Art. 357. Nozione del pubblico ufficiale.

I. Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa.

II. Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi.

Art. 358. Nozione della persona incaricata di un pubblico servizio.

I. Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio.

II. Per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata, dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale.

La legge 86/1990 dona nuova vita alle figure di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio, con un intervento legislativo mirato a portare chiarezza nella “Babilonia esegetica” che si era determinata con il precedente assetto. La principale innovazione sta nella definitiva consacrazione normativa alla concezione oggettivistico-funzionale³², eliminando dalla formulazione

³² Dottrina e giurisprudenza condividono quasi all'unanimità questa presa di posizione del legislatore: ANTOLISEI, PtS, II, 296 ss.; PADOVANI, 1990, 544ss.; PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 10ss.; FIANDACA – MUSCO, 171 ss.; SEVERINO DI

dell'articolo 357 (e 358) c.p. il metodo casistico e definendo quindi il pubblico ufficiale in base alla funzione concretamente esercitata. In generale, quindi, l'agente pubblico è "codicisticamente" tale, non per il tipo di rapporto che lo lega ad un ente pubblico, e tanto meno per la natura pubblica dell'ente, ma solo perché, nella situazione concreta che rileva per l'applicazione della fattispecie delittuosa, esercita una pubblica funzione (o un pubblico servizio). Tale novità è molto importante, perché fissa un parametro applicativo (almeno sulla carta) imprescindibile per la giurisprudenza, in modo da risolvere il caos e l'incertezza a livello esegetico che si erano creati nelle aule dei tribunali quando si trattava della corretta identificazione dei pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio.

Il legislatore si è mosso anche in un'altra direzione³³: presupponendo che la funzione legislativa e quella giudiziaria avessero un tale grado di tipizzazione per cui non fosse necessaria alcuna precisazione, la preoccupazione che ha mosso il legislatore è stata quella di descrivere analiticamente i caratteri della funzione amministrativa, in modo da tracciare un confine, sia esterno (differenziando l'area pubblicistica da quella privatistica) sia interno (differenziando la pubblica funzione amministrativa dal pubblico servizio). Nel primo senso, potendo scegliere fra

BENEDETTO, 1995, 513. *Contra*: PICOTTI, *Le nuove definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 1992, 277 ss., che si ricollega (sulla base dell'art 357 c.2 c.p., laddove si richiama la "pubblica amministrazione") ad un profilo soggettivo dell'ente pubblico, inteso come soggetto distinto dalla persona fisica che è abilitata a manifestarne la volontà, per riconoscervi un centro di imputazione di interessi, giuridicamente rilevante nei rapporti con i terzi, che prescinde dalla natura delle attività da esso esercitate o, meglio, ad esso riferibili. In *Giurisprudenza: Cass. Pen.*, sez. VI, 24 giugno 2005, *Ridolfi*, in *Riv. Pen.*, 2006, p. 874.

³³ Come rileva GUIDI, 2007, 42 ss.

due diversi modelli definitori della pubblica funzione, quello contenutistico e quello della disciplina, si è optato per quest'ultimo, giacchè ci si era resi conto che i vecchi criteri contenutistici erano sostanzialmente inadeguati a garantire una differenziazione in termini certi dell'agente pubblico da quello che pone in essere un'attività privata. Nel secondo senso la novella si è limitata ad accogliere i criteri distintivi della pubblica funzione dal pubblico servizio che già erano stati riconosciuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Notiamo perciò come i parametri di delimitazione esterni e interni si trovino esclusivamente nell'art 357 c.p., e che quindi la figura di incaricato di pubblico servizio si ricavi solo in via residuale, in base a tre parametri inseriti nell'art 358 c.p.: il primo, di carattere positivo, è rappresentato dal fatto che il pubblico servizio è tale solo in quanto "disciplinato da norme di diritto pubblico ed atti autoritativi"; il secondo, di carattere negativo, che segna il discrimine fra pubblica funzione e pubblico servizio, risiede nella mancanza, in quest'ultimo, dei poteri tipici inerenti alla prima; il terzo, nell'intento di "delimitare verso il basso" la nozione di pubblico servizio (ed evitare una sovra-dilatazione applicativa della norma), dispone che in nessun caso costituiscono espressione di pubblico servizio lo svolgimento di "semplici mansioni di ordine" o la "prestazione d'opera meramente manuale".

Gli effetti delle nuove norme, come modificate dalla novella del 1990, si sono ottenuti solo in parte³⁴. La

³⁴ FIANDACA – MUSCO, 172, riporta le perplessità espresse dal Guardasigilli Vassalli in sede di approvazione definitiva del testo di legge al Senato: questi aveva fatto notare che i vantaggi della riforma sarebbero stati più apparenti che reali, giacchè la novella in realtà contiene ben poco d'innovativo, non risparmiando neppure qualche dubbio sull'ambiguità della nuova formulazione pensata per la qualificazione degli agenti pubblici; sempre FIANDACA - MUSCO, 179, parla di impatto "deludente" della riforma nella prassi successiva.

giurisprudenza, infatti, è stata per lungo tempo radicata ai vecchi “indici rivelatori di pubblicità” per identificare, in sede applicativa, chi fosse o meno un pubblico agente; la conseguenza di tutto ciò, come rileva parte della dottrina³⁵, è di far discendere l’attribuzione della qualità pubblicistica dal tipo di rapporto che intercorre fra l’agente e l’ente di appartenenza. Le ragioni di tale “*parziale metabolizzazione*”³⁶ della riforma sono duplici: dal punto di vista teorico il confine fra area di attività pubblicistica ed area di attività privatistica, in quanto basato sulla semplice dicotomia “norme di diritto pubblico/norme di diritto privato”, appare poco persuasiva; dal punto di vista pratico-applicativo, la giurisprudenza si attesta su una vera e propria posizione “conservatrice”³⁷ degli assetti e dei principi che aveva affermato precedentemente alla riforma, con una vera e propria riluttanza nei confronti dei nuovi profili soggettivi codificati.

La situazione fin qui illustrata è ulteriormente complicata nelle c.d. “zone di confine”, ovverosia in tutti quei settori dove abbiamo una presenza simultanea di profili pubblici e privatistici, trovandoci di fronte a modelli “ibridi”, frutto della c.d. “privatizzazione formale” (per cui l’ente rimane in mano pubblica, ma viene trasformato in società per azioni). Il quadro in cui si iscrive questa particolare problematica è quello dei grandi mutamenti dell’assetto amministrativo negli anni successivi al 1990, che si sono mossi principalmente in due direzioni³⁸. In

³⁵ GUIDI, 44 ss.

³⁶ GUIDI, 45.

³⁷ FIANDACA – MUSCO, 179 ss.

³⁸ Il riferimento per la ricostruzione storica dei principali passaggi della trasformazione della pubblica amministrazione è GUIDI, 46 ss., che approfondisce l’argomento esaminando i casi delle Poste Italiane, delle concessioni radiotelevisive e del pubblico impiego.

primo luogo, col il decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 (conv. nella legge 8 agosto 1992, n.359), si è provveduto a trasformare i principali enti pubblici economici (Eni, Iri, Ina, Enel) in società per azioni; con l'art 11, comma 1, lett b), della legge 15 marzo 1997, n.59 (c.d. "prima legge Bassanini") si è delegato il governo ad emanare una serie di decreti per riordinare gli enti pubblici nazionali, trasformandoli in enti pubblici economici o società per azioni. In secondo luogo decisivo per il mutamento degli assetti della pubblica amministrazione è il cammino che, dal d.lgs. 3 febbraio 1993, n.29 al d.lgs. 30 marzo 2001, n.165, ha portato alla privatizzazione del pubblico impiego. Per quel che riguarda il rapporto con i nuovi artt. 357 e 358 c.p., il nuovo assetto si caratterizza per: a) la contrattualizzazione del rapporto di pubblico impiego, per cui fonte del rapporto di lavoro fra ente e persona fisica non è più un provvedimento amministrativo ma un vero e proprio contratto individuale di lavoro; b) la devoluzione della giurisdizione in materia di pubblico impiego al giudice ordinario (ad eccezione delle categorie che continuano a sottostare al regime di impiego di tipo pubblicistico, quindi magistrati, forze dell'ordine etc.); c) la distinzione fra attività di direzione politica e di gestione amministrativa.

L'impatto della riforma delle qualifiche pubblicistiche con il fenomeno della privatizzazione formale non è stato senza conseguenze in sede di applicazione del diritto. La giurisprudenza prevalente ha considerato la trasformazione degli enti pubblici (in enti pubblici economici e in società per azioni) come un mero "cambio d'abito" di esclusiva rilevanza formale, che non

intacca in alcun modo la natura pubblicistica delle attività ivi svolte, giacchè comunque non è mutato il controllo gestionale e finanziario da parte dello Stato; il personale degli enti privatizzati, quindi, rimane assoggettato allo statuto penale della pubblica amministrazione. Se si considera, ad esempio, l'Ente Poste Italiane, la giurisprudenza³⁹ si è sempre pronunciata, tanto dopo la trasformazione in ente pubblico economico quanto dopo il mutamento in società per azioni, nel senso di configurare i servizi offerti da tal ente/società come aventi natura pubblica. L'impostazione è giustificata sotto un duplice profilo. In primo luogo si richiama la sentenza della Corte Costituzionale del 28 dicembre 1993, n. 466⁴⁰, che giudica del conflitto di attribuzioni sull'esercizio del potere di controllo della Corte dei Conti nei confronti degli enti pubblici privatizzati. La Consulta censura il comportamento omissivo del governo che ha interrotto la funzione di controllo esercitata dalla Corte dei Conti nei confronti degli enti pubblici economici I.R.I., E.N.I., I.N.A. ed E.N.E.L., in seguito alla loro trasformazione in società per azioni, rilevando come questo comporti l'impedimento nell'esercizio di un potere costituzionalmente riconosciuto all'organo supremo della giustizia contabile; si rileva quindi come spetti alla Corte dei Conti esercitare il controllo di cui all'art 12 della legge 21 marzo 1958, n. 259 nei confronti di dette società per azioni, *“in quanto suddetto controllo non può essere superato in conseguenza del solo mutamento della veste giuridica degli stessi enti, ove a tale mutamento formale non faccia seguito anche una*

³⁹ Cass. Pen., sez. VI, 18 dicembre 2001, Nicita, in *Riv. Pen.* 2002, p. 215; Cass. Pen., sez. VI, 8 marzo 2001, Di Bartolo, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 1414.

⁴⁰ Corte Cost., sentenza 28 dicembre 1993, n. 466, in *Riv. It. Dir. Pub. Comp.*, p. 999.

modifica di carattere sostanziale nell'imputazione del patrimonio tale da sottrarre la gestione finanziaria degli enti trasformati alla disponibilità dello Stato"; come rileva la dottrina⁴¹, il controllo del giudice contabile cesserà nel momento in cui il soggetto pubblico dismetterà completamente il suo "pacchetto azionario" e quando il processo di privatizzazione muterà il suo carattere formale in sostanziale⁴². La stessa dottrina mostra perplessità sull'operazione ermeneutica (giacché si basa su una pronuncia della Consulta in ambito contabile), svolta dalla giustizia ordinaria per riconoscere, "in modo acritico ed indifferenziato"⁴³, lo *status* di pubblico agente sostanzialmente in capo a tutti i dipendenti degli enti. Si rileva⁴⁴ come sia improprio, in sede penale, elevare ad elemento discreitivo l'assetto proprietario delle quote azionarie, giacché questo non muta di per sé la natura del servizio esercitato dall'ente/società. L'art 14 del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito in legge 8 agosto 1992, n. 359, dispone inoltre che le attività finora svolte *"restano attribuite a titolo di concessione ai medesimi soggetti che ne sono attualmente titolari"*. Da queste premesse possiamo dedurre che, se finora gli enti hanno svolto attività di servizio pubblico, e se la disciplina di tale servizio non ha subito mutamenti, allora le società in cui si trasformano continuano ad esercitare lo stesso servizio in regime di concessione ed i loro dipendenti (anche se l'ente

⁴¹ GUIDI, 2007, 48; LUCIBELLO in D'AVIRRO, 88.

⁴² Si ricorda che per *privatizzazione formale* s'intende quella che coinvolge solo la veste giuridica dell'ente trasformato in società per azioni, rimanendo la gestione dello stesso in mano pubblica (che detiene la totalità o la maggioranza delle quote azionarie). Si ha invece *privatizzazione sostanziale*, quando il pacchetto azionario pubblico viene completamente dismesso, oppure abbiamo la perdita del "pacchetto di maggioranza" dello Stato.

⁴³ GUIDI, 2007, 49.

⁴⁴ LUCIBELLO in D'AVIRRO, 88 ss.

è divenuto sostanzialmente di diritto privato), proprio sulla base del tipo di attività svolta dall'ente privatizzato, sono soggetti allo statuto penale della pubblica amministrazione, qualora concretamente esercitino un pubblico servizio. Tutto questo per dire che la qualificazione soggettiva pubblicistica dipende esclusivamente dal tipo di attività concretamente posta in essere dalla persona fisica all'interno dell'ente, nonché dalla natura pubblica o privata delle norme che disciplinano lo specifico settore di attività considerato di volta in volta considerato. In conclusione, si recuperano gli artt. 357 e 358 c.p. intesi come strumenti per il riconoscimento della qualifica soggettiva pubblicistica in base all'attività concretamente posta in essere dall'agente.

La Suprema Corte però basa la sua posizione “formalistica” anche su un altro assunto⁴⁵, attribuendo la qualifica pubblicistica agli operatori degli enti privatizzati sul carattere intrinsecamente pubblico delle finalità perseguite mediante l'attività svolta in regime di concessione. Proprio facendo leva sull'art. 14 del decreto-legge 333/1992 precedentemente richiamato, afferma che gli enti trasformati in società continuino a porre in essere, in regime di concessione, le medesime attività che svolgevano in precedenza e che quindi tutti i loro dipendenti, per il fatto stesso che i nuovi enti sono indirizzati a finalità di diritto pubblico, siano per ciò solo da qualificare come pubblici agenti. Questa lettura del decreto-legge 333/1992 è criticabile, poiché di per sé l'attribuzione di finalità pubblicistiche all'ente, connesse con la concessione dell'esercizio di un pubblico servizio, non vale da sola a classificare gli agenti come incaricati di

⁴⁵ GUIDI, 2007, 49.

pubblico servizio, senza una previa disamina di quanto concretamente realizzato nello svolgimento della loro attività. Se concordassimo con l'impostazione della Suprema Corte, come fa notare la dottrina ⁴⁶, ci ritroveremmo a far "rientrare dalla finestra" quella concezione contenutistica (basata sui c.d. "indici rivelatori di pubblicità") che nel 1990 il legislatore ha "cacciato dalla porta" in favore del criterio della disciplina; inoltre è bene diffidare da ogni automatismo interpretativo nell'attribuzione delle qualifiche pubblicistiche, per cui il giudice deve procedere caso per caso a valutare il settore in cui si è esplicata l'attività e le norme che la disciplinano. Riassumendo, il decreto-legge 333/1992 ha attribuito agli enti pubblici economici trasformati in s.p.a. la concessione per continuare l'esercizio della loro attività; questo comporta che, a prescindere dall'assetto proprietario (ma soprattutto dal legame finanziario fra la società e lo Stato o altro ente pubblico), nelle suddette società si esercita un pubblico servizio. Il fatto di riconoscere a queste formazioni finalità di diritto pubblico non deve però far ritenere che automaticamente e aprioristicamente ogni attività realizzata dai suoi dipendenti rientri nell'ambito del pubblico servizio, giacché si dovrà verificare caso per caso se concretamente quell'attività è espressione di quanto previsto all'art 358 c.p. (ma anche al 357); questa è il *modus operandi* che deve seguire il giudice nell'esame del caso concreto, se vuole rispettare pienamente i principi fissati con la riforma del 1990.

Per quel che riguarda la privatizzazione del pubblico impiego, il riconoscimento delle qualifiche pubblicistiche

⁴⁶ GUIDI, 49 ss.

deve ripudiare ogni criterio contenutistico basato su “indici rivelatori di pubblicità” per fare forza su valutazioni basate sul criterio della disciplina, nonché sul dato del tipo di attività concretamente posto in essere. L’unico aspetto problematico che può rilevarsi è la presenza di vastissime “zone di confine”, giacchè il pubblico impiego è caratterizzato da una coesistenza di attività disciplinate dal diritto pubblico ed altre regolate in forma privatistica; è inutile sottolineare che in questi casi l’attenzione del giudice dovrà essere ancora maggiore e questi dovrà valutare l’essenza pubblicistica o privatistica che ispira l’attività concretamente tenuta dal pubblico impiegato⁴⁷.

Giova, in conclusione, compiere una breve analisi dell’art. 360 c.p.:

Art. 360. Cessazione della qualità di pubblico ufficiale.
Quando la legge considera la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio, o di esercente un servizio di pubblica necessità, come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un reato, la cessazione di tale qualità, nel momento in cui il reato è commesso, non esclude l'esistenza di questo né la circostanza aggravante se il fatto si riferisce all'ufficio o al servizio esercitato.

In sostanza, la norma dispone che la cessazione della qualità di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio nel momento in cui è commesso il reato non fa venir meno l’esistenza del reato se il fatto si riferisce all’ufficio o al servizio esercitato. Per quel che riguarda il peculato, è quasi unanime la tesi⁴⁸ che ritiene non applicabile la disciplina in esame. Questo perchè fintanto

⁴⁷ Per ulteriori approfondimenti, si rinvia a LUCIBELLO in D’AVIRRO, 91 ss.

⁴⁸ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 245 ss.; ROMANO, 2013, 21; FORNASARI, in BONDI – DI MARTINO – FORNASARI, 117.

che esiste il possesso qualificato, l'agente è da considerarsi pubblico funzionario; con la cessazione della carica, infatti, viene meno automaticamente il possesso del denaro o della cosa per ragione di ufficio o servizio, determinandosi quindi un'incompatibilità con uno degli elementi essenziali del reato. Ciò implica che per la configurazione del reato “è sufficiente che il possesso o la disponibilità del denaro o della cosa mobile si verifichino per ragioni di ufficio, poiché non rileva che la effettiva appropriazione si sia consumata in un momento in cui l'agente non svolge più la sua funzione”⁴⁹.

3. L'appropriazione di denaro del gruppo consiliare regionale da parte del suo Presidente.

Nel momento in cui si scrive, il sistema amministrativo italiano è sconvolto, oltre che dal dilagare della corruzione e della concussione, anche dalla pratica, diffusa soprattutto a livello locale, di distrarre e appropriarsi per fini privati dei contributi pubblici assegnati agli organi rappresentativi locali. La vicenda analizzata nel paragrafo (molto nota all'opinione pubblica per il grande eco mediatico che ha ricevuto) riguarda un caso di appropriazione di denaro pubblico erogato dalla Regione Lazio a favore di un gruppo consiliare, da parte del suo Presidente.

⁴⁹ Cass. Pen., sez. VI, 18 marzo 1999, Lapetina, in *CP* 2000, 77, che rigetta il ricorso del segretario comunale, il quale aveva sostenuto che la mancata restituzione alla pubblica amministrazione dei fondi che aveva in precedenza fatto confluire nel suo patrimonio personale si era verificata in epoca nella quale egli non rivestiva più la carica sopra indicata.

Il primo ottobre 2012, il g.i.p. del Tribunale di Roma ha emesso, su richiesta del P.M. procedente, ordinanza di custodia cautelare verso l'ex presidente del gruppo consiliare del Lazio, per il delitto di peculato continuato. Il 3/10/2012, il g.i.p. adotta anche la misura cautelare del sequestro preventivo delle somme di denaro che l'indagato avrebbe distratto a fini propri e dei beni che con queste avrebbe acquistato.

L'accusa sostiene che l'indagato abbia commesso il delitto di peculato continuato essendosi appropriato, nel biennio 2010 – 2012, d'ingenti somme di denaro (il cui totale ammonta a 1.357.418,00€), che sottraeva da un conto corrente del gruppo consiliare PdL *“trasferendole “per finalità estranee a quelle indicate nell’art 3 – bis della L.R. 15/3/1973, n.6”* su alcuni conti personali, oppure utilizzandole per fini propri (fra cui rilevano l'acquisto di tre autovetture e di un immobile). L'impianto giustificativo la misura cautelare si fonda sul fatto che i gruppi consiliari regionali debbano senz'altro considerarsi organi di natura pubblica, poichè l'art 31 L.R. statutaria 11 novembre 2004, n.1, il regolamento dei lavori⁵⁰ e gli artt 3⁵¹, 3 – bis⁵² e 4⁵³

⁵⁰ Agli artt 12, 12 – bis e 13.

⁵¹ Art 3 L.R. 6/1973: *“Ciascun gruppo consiliare ha diritto ad un contributo mensile a carico del bilancio del Consiglio regionale per le spese di funzionamento determinato:*

a) da una quota fissa di euro 1.291,00 per ciascun gruppo, qualunque sia la consistenza numerica;

b) da una quota variabile pari ad euro 620,00 per ciascun consigliere regionale facente parte del gruppo consiliare”.

⁵² L'art 3 – bis della L.R. n.6/1973 stabilisce che *“1. Ciascun gruppo consiliare ha inoltre diritto ad un contributo mensile per le spese di aggiornamento studio e documentazione compresa l'acquisizione di collaborazioni nonché per diffondere tra la società civile la conoscenza dell'attività dei gruppi consiliari, anche al fine di promuoverne la partecipazione all'attività dei gruppi stessi e particolarmente all'esame delle questioni ed all'elaborazione di progetti e proposte di leggi e di provvedimenti di competenza del Consiglio regionale.*

⁵³ Per l'analisi della pronuncia della S.C. è molto importante l'art 4 L.R. 6/1973: *“1. Entro il mese di febbraio di ogni anno i presidenti dei gruppi consiliari inviano*

della citata L.R. 6/1973, disciplinano la loro istituzione e le loro funzioni, *“sicchè i gruppi consiliari possono qualificarsi come struttura interne agli organi assembleari, disciplinate da norme di diritto pubblico, che contribuiscono e partecipano all’esercizio della funzione legislativa”*; da questa riflessione si deduce che il Presidente di questi gruppi sia un pubblico ufficiale. Si ravvisa la fattispecie di peculato perché, non essendo dubbio che la disponibilità delle risorse finanziarie fosse ascrivita all’indagato (unica persona autorizzata a operare sui conti intestati al gruppo), tale presupposto possessorio è in diretta causalità funzionale con la qualità di presidente del gruppo.

La difesa dell’indagato si è opposta a entrambe le misure cautelari adottate dal g.i.p., avanzando pressoché la stessa linea difensiva per cui, senza alcuna obiezione sulla ricostruzione fattuale ⁵⁴, se ne contesta l’erronea qualificazione giuridica *sub specie* di peculato; poiché sarebbe pacifica la natura privatistica del gruppo consiliare, che costituisce diretta proiezione del partito politico di riferimento, le somme erogate dall’ente sarebbero finalizzate al finanziamento di attività svolte come espressione del partito stesso⁵⁵. Per questo motivo, si ritiene

al Comitato regionale di controllo contabile una relazione dettagliata sull’impiego dei fondi erogati. Il mancato adempimento di tale prescrizione determina l’automatica sospensione del contributo.
2. Gli oneri conseguenti all’applicazione della presente legge gravano sulle spese generali di funzionamento del Consiglio, nel quadro della piena autonomia funzionale e contabile dello stesso ai sensi dell’articolo 11 dello Statuto.”

⁵⁴ In sede di motivazione (CP 2012, 2171), la S.C. rileva che *“le vistose anomalie delle azioni finanziarie compiute dall’indagato in ragione della sua veste di presidente del gruppo consiliare regionale del PdL non sono disconosciute – sul piano storico e fenomenologico e perfino del loro disvalore etico e sociale, dalla difesa del ricorrente”*.

⁵⁵ A sostegno di quest’impostazione, la difesa cita una pronuncia delle Sezioni unite civili della Corte di Cassazione (sebbene a proposito dell’autodichia nei gruppi parlamentari nazionali), ord. 19 febbraio 2004, n. 3335, Lega Forza Nord

corretto applicare alla condotta dell'ex presidente non l'art 314 c.p., bensì l'art 646 c.p. (*appropriazione indebita*) o, in alternativa, l'art 316 – *bis* c.p. (*malversazione a danno dello Stato*)⁵⁶.

La sesta sezione penale della Corte di Cassazione, con sentenza del 3 dicembre 2012 (dep. 9 gennaio 2013), n.1053⁵⁷, si è pronunciata sul punto ed ha rigettato il ricorso *per saltum* della difesa sulla misura cautelare reale, per l'infondatezza dei motivi di censura delineati; la decisione si struttura in cinque linee argomentative.

Padania c. Paola, in *Foro it. Massimario*, 2004, 207, dove si afferma che “*nel quadro costituzionale vigente, vanno distinti due piani di attività dei gruppi parlamentari: uno squisitamente parlamentare, in relazione al quale i gruppi costituiscono gli strumenti necessari per lo svolgimento delle funzioni proprie del parlamento [...]; l'altro, più strettamente, politico, che concerne il rapporto del singolo gruppo con il partito di politico di riferimento, ed in ordine al quale i gruppi parlamentari sono da assimilare ai partiti politici, cui va riconosciuta la qualità di soggetti privati[...]*”. Si citano, inoltre, una pronuncia della Corte Costituzionale, n.337/2005, che ha implicitamente escluso la praticabilità del controllo contabile della Corte dei Conti sulle spese dei gruppi consiliari dell'assemblea regionale siciliana; una decisione del Consiglio di Stato, sez. IV, 28 ottobre 1992, n.932, dove si afferma che i gruppi consiliari regionali non sono organi in senso tecnico – giuridico del Consiglio regionale ma mere formazioni associative a carattere politico e temporaneo, operanti come proiezioni dei partiti politici; una decisione a sezioni riunite della Corte dei Conti, del 20 dicembre 1989, n.639, dove si afferma che, ai fini della legittimazione del controllo contabile della Corte dei Conti non è sufficiente stabilire la natura pubblica delle risorse finanziarie trasferite al soggetto o all'ente, essendo necessario che le risorse siano indirizzate a funzioni pubbliche o fornitura di servizi pubblici. Infine, si riporta una decisione della sesta sezione penale della Corte di Cassazione su un caso simile a quello in esame, del 12 maggio 2006, n.33069, Tretter, indagato di peculato per essersi appropriato dei contributi versati dalla provincia di Trento per l'esplicazione dei compiti del gruppo consiliare; adottando un'estensione di “compiti” del gruppo, la S.C. ha osservato che “*i gruppi consiliari rappresentano una sorta di interfaccia o cerniera fra i consiglieri regionali e provinciali [...] e la società e i cittadini[...]*”.

⁵⁶ L'art 316 – *bis* c.p. incrimina, con la reclusione da sei mesi a quattro anni, “*chiunque, estraneo alla pubblica amministrazione, avendo ottenuto dallo Stato o da altro ente pubblico o dalle Comunità europee contributi, sovvenzioni o finanziamenti destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere od allo svolgimento di attività di pubblico interesse, non li destina alle predette finalità*”.

⁵⁷ Cass. Pen., sez. VI, 9 gennaio 2013, Fiorito, *CP*, 2012, 2161, con nota di BARTOLI; *Dir* *Pen.* *Cont.*, [http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1361546626SENTENZA%20FIORITO%20PECULATO%20\(1\).pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1361546626SENTENZA%20FIORITO%20PECULATO%20(1).pdf).

Innanzitutto, la Corte nega ogni rilevanza alla natura giuridica del gruppo consiliare, per impedire la configurabilità dell'art 314 c.p. Il motivo è abbastanza chiaro: il concetto di pubblico ufficiale *ex art 357 c.p.*, come modificato dalla legge 86/1990, fa propria una concezione della pubblica funzione in senso oggettivo – funzionale⁵⁸ (per approfondire, *retro*, §2), indipendente dalla natura dell'ente di appartenenza. A tal proposito, si evidenzia che la difesa sia affetta da un “*errore prospettico, indotto dalla ritenuta centralità dell’esatta individuazione della natura giuridica [...] dei gruppi politici consiliari [...]*”⁵⁹. La corretta impostazione della problematica in esame deve quindi muovere da due temi assai diversi: da un lato, la qualificabilità o meno come pubblico ufficiale dell'indagato quando agisce come presidente del gruppo consiliare e quando amministra, poiché unico soggetto legittimato, le contribuzioni provenienti dall'ente regione per il funzionamento del gruppo. Dall'altro, si devono analizzare le modalità concrete con cui si è manifestate tale attività di gestione.

Procedendo con la propria analisi, la Corte afferma che l'indagato, in veste di presidente del gruppo consiliare del PdL presso la Regione Lazio, sia un pubblico ufficiale, poiché “*l’attività che in ragione del suo ruolo svolge il presidente di un gruppo consiliare regionale lo colloca in una posizione di particolare incidenza funzionale ed*

⁵⁸ Sul punto, tale impostazione è riportata anche da MICHAEL, *Dir. Pen. Cont.*

⁵⁹ La Corte ripresenta, nella motivazione (CP 2012, p.2170), la realtà complessa e multiforme (nell'ambito delle diverse modalità di azione) rappresentata dai gruppi consiliari regionali, evidenziando che comunque questa non ha alcuna valenza rispetto al nodo centrale che attinge la posizione processuale cautelare dell'indagato.

organizzativa nella vita del Consiglio regionale”⁶⁰. In particolare, il capo – gruppo concorre, partecipando alla Conferenza dei Presidenti dei gruppi, all’organizzazione dei lavori e delle attività consiliari, legiferanti e propedeutiche; lo stesso soggetto, inoltre, indica i membri del proprio gruppo di riferimento che compongono le commissioni operanti nel consiglio regionale⁶¹. Alla luce di queste facoltà e poteri del capo – gruppo, è giocoforza considerare tale soggetto come “diretto partecipe di una peculiare modalità progettuale ed attuativa della funzione legislativa regionale, che lo qualifica senza alcuna incertezza come pubblico ufficiale ai sensi dell’art. 357 co.1 c.p.”.

La Corte prosegue la propria analisi, soffermandosi sulle cause fondanti la disponibilità giuridica da parte dell’indagato delle somme (appartenenti al gruppo consiliare) di cui s’è appropriato, che rappresenta il vero punto problematico della pronuncia⁶². Si afferma che l’indagato, nella sua posizione di rappresentante e capogruppo del PdL, ha esercitato poteri di organizzazione del gruppo e di “*gestione diretta delle sue fonti finanziarie*”, poiché era l’unico ad essere autorizzato ad operare sui due conti correnti del gruppo. È evidente, pertanto, che i poteri di amministrazione finanziaria, nonché la disponibilità (giuridica) delle somme di denaro del gruppo “*abbiano trovato esclusiva ed assorbente causa nella qualità di presidente del gruppo consiliare da lui rivestita. È solo per effetto di tale carica che il F. è venuto a trovarsi in possesso (giuridica disponibilità) delle*

⁶⁰ Sul punto, la motivazione (CP 2012, 2171) della sentenza è assai sbrigativa e si limita a richiamare sommariamente e rapidamente quanto riportato nel dispositivo.

⁶¹ Artt 8, 14, 19, 20, 21, 22 deliberazione Consiglio regionale 4 luglio 2001, n.62.

⁶² Perplessità e critiche sono state mosse su questo punto dalla dottrina: MICHAEL, *Dir. Pen. Cont.*; BARTOLI, 2012.

erogazioni regionali, sul cui corretto impegno era altresì chiamato a vigilare [...]". È palese, quindi, affermare che di tali somme l'indagato avesse *"per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità"*, presupposti materiali della condotta appropriativa rilevante *ex art 314 c.p. (v. cap. 4, §4)*.

Sinteticamente, la S.C. disattende altri due rilievi proposti dalla difesa: in primo luogo, dopo la riforma del 1990, è ininfluyente la qualità del soggetto giuridico cui appartiene il denaro in possesso del pubblico agente; in secondo luogo, è priva di rilevanza l'analisi dei coefficienti di discrezionalità riconoscibili al soggetto politico agente nell'individuazione delle causali delle singole operazioni di spendita del denaro, giacchè l'indagato non ha mai ipotizzato di finalizzare i bonifici che ha effettuato per il "buon funzionamento" del gruppo consiliare.

La pronuncia si chiude con il rigetto del motivo di ricorso, volto ad inquadrare il fatto di reato nella malversazione a danno dei privati, piuttosto che nel peculato. Tale posizione si fonda sul fatto che l'indagato non soddisfa il presupposto soggettivo delimitante il reato proprio in esame (l'estraneità alla pubblica amministrazione); si evidenzia, piuttosto, che il soggetto sia un pubblico amministratore per carica elettiva, cui sono affidate tanto la pubblica funzione che lo istituisce, quanto la partecipazione diretta nel controllo del vincolo di destinazione dei contributi erogati al gruppo consiliare dall'ente Regione, imponendogli una rendicontazione annua da estrinsecare attraverso una dettagliata relazione a sua firma sull'impegno dei fondi e dei contributi erogati al

gruppo, da sottoporre al vaglio del Comitato di controllo contabile della Regione (art 4, L.R. 6/1973).

La dottrina che ha commentato la sentenza se, da un lato, condivide l'impostazione della Suprema Corte⁶³, dall'altro mostra delle condivisibili perplessità, per cui è necessaria un'approfondita analisi della sentenza. Come abbiamo accennato, il *punctum dolens* della pronuncia si riscontra nell'identificare il requisito della disponibilità qualificata del bene, per la ragione dell'ufficio o servizio; in particolare, si obietta una certa semplicità nel ragionamento della Corte, poiché collega la carica di presidente del gruppo consiliare a quella di amministratore delle sue finanze, derivando la qualifica di pubblico ufficiale in questa seconda ipotesi attraverso un sillogismo. Tale operazione logica può schematicamente riassumersi in tre passaggi: 1) il Presidente di un gruppo consiliare regionale è un pubblico ufficiale, poiché esercita una pubblica funzione legislativa; 2) il Presidente del gruppo consiliare PdL è l'unico a gestire i due conti correnti del gruppo; 3) il presidente del gruppo consiliare PdL nella Regione Lazio, nell'amministrare in via esclusiva le risorse che pervengono al gruppo nei due conti correnti, è un pubblico ufficiale ed ha il possesso o comunque la disponibilità di tali somme per la ragione del suo ufficio o servizio⁶⁴. È chiaro che quest'impostazione, ad un primo sguardo, ha come conseguenza quella di riconoscere la pubblica funzione in un'attività (la gestione delle finanze

⁶³ GRINDATTO, 2346.

⁶⁴ Ciò si giustifica perché la Corte, in primo luogo, fa discendere la qualifica di pubblico ufficiale del Presidente di un gruppo consiliare regionale dalla funzione legislativa che egli svolge; in secondo luogo, afferma che abbia esercitato poteri di organizzazione del gruppo e di gestione delle risorse finanziarie solo perché rivestiva la qualifica di Presidente del gruppo consiliare regionale.

del gruppo consiliare) che nulla a che vedere con la legiferazione, senza verificare in concreto se tale attività si configuri, eventualmente *ex art 357, comma 2 c.p.*⁶⁵, come pubblica funzione amministrativa. È altresì palese che la Suprema Corte si sia mossa nel solco della giurisprudenza maggioritaria e consolidata sul punto, che configura la pubblica funzione anche nella mera occasione che pone in contatto il pubblico agente con il bene su cui consuma il contegno appropriativo rilevante *ex art 314 c.p. (cap. 4, § 4.2)*.

La nostra indagine avrà lo scopo di chiarire la qualificazione giuridica della figura del Presidente del gruppo consiliare regionale, in quanto gestore dei contributi che pervengono al gruppo, per capire se possa definirsi pubblico ufficiale in questa particolare situazione. La riflessione verterà, in particolare, sull'analisi dell'art 4 della L.R. 6/1973 (che impone ai presidenti l'invio di una relazione dettagliata sull'impiego dei fondi erogati al Comitato regionale di controllo contabile) e sulla verifica della presenza di leggi, atti amministrativi non illeciti, prassi o tolleranze non vietate, che qualifichino la disponibilità del bene in capo al soggetto per la ragione del suo ufficio o servizio (delineando una "competenza" del funzionario secondo i criteri affermati al cap. 4, §2.2).

Il secondo comma dell'art 357 c.p. dispone che *"agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri"*

⁶⁵ Come osserva correttamente anche MICHAEL, *Dir. Pen. Cont.*

autoritativi o certificativi”; rapportata con l’art 4 della L.R. 6/73, si può notare, innanzitutto, che l’attività di controllo contabile del presidente del gruppo consiliare ha rilevanza pubblicistica, in quanto disciplinata da norma di diritto pubblico⁶⁶. Dal punto di vista del limite interno, per valutare cioè se tale attività sia una pubblica funzione o un pubblico servizio, dobbiamo valutare se tale controllo amministrativo rientri nelle ipotesi di esercizio di potere deliberativo, autoritativo o certificativo. Nel caso di specie, si ritiene opportuno qualificare il controllo contabile come pubblica funzione amministrativa, espressione di un potere certificativo, intendendo quest’ultimo come esercizio di attività dotate di una peculiare efficacia probatoria e direttamente finalizzata a rappresentare come certa una determinata situazione sottoposta alla cognizione dell’agente, pur se svolta da privati⁶⁷, che nel caso di specie si realizza con la stesura annuale della relazione dettagliata sull’impiego dei fondi erogati.

Il secondo passo della nostra indagine è volto a comprendere se l’amministrazione attiva dei contributi del gruppo consiliare regionale, da parte del soggetto su cui ricade l’obbligo di controllo contabile, sia da considerarsi espressione della pubblica funzione appena definita, per configurare la “ragione di ufficio o servizio” rilevante *ex* art 314 c.p. Come vedremo nel prosieguo della trattazione

⁶⁶ Si afferma questo pur ricordando tutte le cautele del caso quando si tratta della differenza fra norme di diritto privato e di diritto pubblico, poiché non è ben chiaro quale sia il reale elemento discriminante. In chiave critica, pur non prendendo una posizione sul punto FIANDACA – MUSCO, PtS I, 174, ricorda i principali orientamenti che si sono affermati sul punto: parte della dottrina distingue la norma pubblica sul presupposto che questa sarebbe sempre “a soggetto vincolato” e non indifferenziato o libero; secondo un altro orientamento, si ritiene di essere di fronte ad una norma di diritto pubblico tutte le volte in cui il meccanismo sanzionatorio s’innesca d’ufficio.

⁶⁷ Sul punto FIANDACA – MUSCO, PtS I, 175; DOLCINI – MARINUCCI, CP 3641.

(cap. 4, sez. I, §2.2), è opportuno definire il concetto di “ragione di ufficio o servizio” in un modo un po’ più ristretto rispetto alla giurisprudenza, facendo riferimento ad un concetto di “competenza” che, lungi dall’essere *sic et simpliciter* riassumibile nelle categorie del diritto amministrativo, rileva la ragione d’ufficio o servizio nei casi in cui la cosa o il bene rientrino fra le attività che sono funzionalmente devolute all’ufficio, sulla base di una legge, di un atto amministrativo non illecito, di una prassi o di una tolleranza non vietata⁶⁸. Posto che il gruppo consiliare regionale non è vincolato a particolari caratteristiche strutturali, se non quelle generali ed essenziali determinate dalle normative regionali; posto che tali gruppi possono identificarsi in mere proiezioni dei partiti politici di riferimento, che a loro volta non sono altro se non associazioni non riconosciute, la cui disciplina è quasi totalmente rimessa allo statuto dell’ente; premesso tutto questo, e poiché non vi è nessun divieto a riguardo, è possibile che, in un particolare gruppo consiliare, per questioni di comodità si concentri in un unico soggetto la figura dell’amministratore e del controllore contabile (pur con tutte le riserve del caso), che dovrà poi riferire dei risultati della (sua) gestione. Tale scelta avrà però la conseguenza di ampliare il concetto di pubblica funzione amministrativa (*sub specie* certificativa) anche alle altre attività che con essa interagiscono in modo attivo e complementare, fra cui rientra sicuramente l’amministrazione attiva dei contributi erogati a favore del gruppo, qualora sia esercitata dal soggetto in ragione della sua figura di Presidente; le somme di cui avrà il possesso o

⁶⁸ Sul punto: BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 293.

la disponibilità avranno pertanto una *raison d'être*, nella ragione del suo ufficio o servizio, con l'implicazione che la condotta appropriativa nei loro confronti rileverà alla stregua del peculato.

In conclusione, si condivide l'impostazione della Suprema Corte nel qualificare la condotta appropriativa dell'indagato *ex art 314 c.p.*, tuttavia si dissente nel modo in cui è stata ricostruita la qualifica di pubblico ufficiale del soggetto.

CAPITOLO IV

L'ELEMENTO OGGETTIVO DEL REATO

SEZIONE I

L'OGGETTO MATERIALE DEL REATO ED I PRESUPPOSTI DELLA CONDOTTA

1. L'oggetto dell'appropriazione.

1.1 Analisi di carattere generale.

Nel delitto di peculato oggetto della condotta appropriativa sono il denaro e le altre cose mobili altrui.

Già da uno sguardo superficiale notiamo che la previsione congiunta di questi due elementi materiali è ridondante, poiché il denaro è certamente un bene mobile; tutto ciò non ha comunque impedito alla dottrina di pronunciarsi sulle motivazioni di questa particolare scelta legislativa. Sulla base delle teorie meno recenti¹, se da un lato si afferma il carattere meramente pleonastico della previsione del denaro accanto alla cosa mobile, altri ritengono tale distinzione

¹ MANZINI, 120, per cui la previsione distinta del denaro dalle altre cose mobili ha il valor di indicare che oggetto del peculato possono essere anche i titoli relativi alle *obbligazioni di dare* denaro, che sono beni mobili in quanto “cose che possono formare oggetto di diritti”; PANNAIN, 50 ss. pone l'accento sul pleonismo della soluzione legislativa per rilevare come questo abbia la duplice funzione di unificare le vecchie disposizioni di peculato di specie e quantità, nonché di porre l'accento sul concetto di *res corporalis*, al fine di distinguerle dai beni immateriali, irrilevanti ai fini dell'art 314 c.p.; RICCIO, 1965, 738 ss; SCORDAMAGLIA, 600, secondo cui il dualismo denaro – altra cosa mobile evidenzia la natura patrimoniale del peculato e che ritiene l'aver riportato separatamente il denaro sia espressione di una tradizione legislativa che si rapportava con un peculato inteso come sottrazione della *pecunia publica*.

significativa, poiché annoverano fra le cose oggetto di appropriazione rilevante ex art 314 c.p. anche le carte di pubblico credito, equiparate al denaro in forza dell'art 458 c.p. (parificazione delle carte di pubblico credito alle monete). Secondo le posizioni più recenti², invece, l'autonoma menzione del denaro risponde sia all'esigenza di rilevare la particolare frequenza con cui si consumano le fattispecie peculative aventi ad oggetto tale bene, sia ad un generale abuso da parte del legislatore penale del c.d. "metodo casistico".

Con il termine "denaro" si intende la carta moneta o la moneta metallica avente corso legale in Italia o all'estero. Con "cosa mobile" si intende ogni entità materiale, fungibile e non fungibile, non qualificabile come persona e suscettibile di essere trasportata da un luogo ad un altro secondo la sua funzione sociale³. Alla cosa mobile viene equiparata anche la cosa che di per sé non lo è ma può diventarlo mediante distacco; si fa riferimento al c.d. "bene immobile mobilizzato", che diviene oggetto di peculato ovviamente solo dopo la separazione dal bene immobile di riferimento⁴. Per quanto riguarda il *genus* dei beni mobili, è corretto farvi rientrare anche i titoli di credito⁵, poiché rappresentano un'entità giuridica distinta dalla valuta che incorporano, essendo pertanto autonomamente produttivi di effetti giuridici. Sempre in

² FIANDACA – MUSCO, PtS I, 191; PAGLIARO – PARODI GIUSINO, PtS I, 66.

³ FIANDACA – MUSCO, PtS I, 191; BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 303.

⁴ In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 28 settembre 1979, Carissimi, *CPM* 1981, 794, per quanto riguarda l'appropriazione in tema di asportazione di terra dal cimitero; Cass. Pen., sez. II, 21 aprile 1972, Currò, in *GP* 1972, II, c.196.; Trib. Padova, 28 aprile 1949, Salviato *Foro I. 1949, II, 122*, per quanto riguarda l'appropriazione di alcune sbarre di ferro.

⁵ In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 21 novembre 1989, Perosci, *CP* 1991, 249; Cass. Pen., sez. VI, 30 aprile 1988, Salcuni, *RP* 1988, 1054; in dottrina BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 302.

tema di titoli di credito, la giurisprudenza si è espressa in modo rigoroso riguardo soprattutto agli assegni circolari (inteso come titolo di credito che ha la funzione economica di mezzo di pagamento, in sostituzione del denaro), per cui si consuma delitto di peculato ogni volta che ci si appropria di tali titoli e a prescindere dal verificarsi in concreto di un danno patrimoniale, anche nelle ipotesi cioè in cui tali titoli non siano ancora stati messi in circolazione ovvero non siano più negoziabili in quanto scaduti⁶.

Per quel che riguarda l'appropriazione di beni immateriali, sia personali (vita, onore, libertà, prestigio etc.) che patrimoniali (opere d'ingegno, proprietà intellettuale, marchi, brevetti industriali etc.), si ritiene che non possano formare oggetto della condotta appropriativa rilevante *ex art 314 c.p.* poiché, non avendo il carattere della "materialità" e data la loro "*attitudine ad esistere al di là ed oltre la fisicità (con infinitezza temporale e dimensionale)*"⁷, non sono suscettibili concretamente di appropriazione⁸; ovviamente potrà formare oggetto della condotta appropriativa il denaro o l'altra cosa mobile che derivino dall'utilizzazione di tali beni immateriali (e che si pongono come intermediari materiali al godimento del bene immateriale) purchè, come rileva autorevole dottrina,

⁶ In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 14 febbraio 1967, Ercolino, in *CPM* 1968, 106, in particolare in questa sentenza si rileva che a nulla rileva che, per conseguire la somma, tale titolo debba essere presentato alla cassa, giacchè esso può essere trasferito mediante semplice girata e quindi la sua utilizzazione può prescindere dall'incasso direttamente da parte dell'agente; Cass. Pen., sez. VI, 26 novembre 1969, Sefanini, in *GP* 1970, c.705, per cui anche l'appropriazione di assegno circolare scaduto integra peculato, poiché questo strumento può essere utilizzato sia come prova dei rapporti trascorsi sia per altri fini.

⁷ FORTUNA, 28.

⁸ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 306.

l'utilizzazione venga effettuata dalla stessa p.a. o dal privato, in modo tale che la cosa possa definirsi altrui⁹.

Circa l'appropriazione di *res nullius* è ovvio che, essendo rilevante la qualificazione del danaro o altra cosa mobile in termini di "altruità", non si può configurare il reato di cui all'art 314 c.p.¹⁰

1.2. Il valore del bene.

La rigorosa posizione giurisprudenziale con cui si è chiuso il paragrafo precedente apre un interrogativo, al quale si è fatto cenno a proposito dell'offesa priva di rilievo penale (v. *supra* cap 2, § 2.5). Nello specifico, ci si chiede se la cosa oggetto di appropriazione debba possedere un valore economico o perlomeno economicamente valutabile, di modo che sia penalmente rilevante solo quella condotta che abbia come effetto arrecare un danno patrimoniale. Il valore del bene è stato definito da autorevole dottrina¹¹ come "*l'utilità di una cosa in quanto riconosciuta dalla stima degli uomini*", consisterà quindi nell'attitudine a soddisfare determinate esigenze umane¹². La dottrina è abbastanza

⁹ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 306; nell'ipotesi in cui l'utilizzazione illecita sia effettuata dal p.u., allora si potrà applicare la fattispecie di cui all'art 326 c.p. (rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio), oppure l'art 623 c.p. (rivelazione di segreti scientifici o industriali), oppure l'applicazione delle norme a tutela delle opere d'ingegno.

¹⁰ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 307; MANZINI, 121, rileva che le cose debbano essere "*in proprietà di qualcuno*", per cui nell'ipotesi che non lo siano, un'eventuale loro abusiva appropriazione da parte del pubblico agente non rileverà ai fini del peculato, bensì alla stregua dell'abuso d'ufficio.

¹¹ MANZINI, 121; si veda anche MAGNINI in PALAZZO, 17.

¹² Sul fatto che non solo il valore economico, ma anche quello morale, possano rilevare ai fini del peculato, Cass. Pen., sez. III, 7 luglio 1942, *RP* 1943, II, 376, dove si è affrontato il caso di chi, addetto alla censura postale militare, trattiene una fotografia femminile per allacciare una relazione sentimentale con la mittente; pur negandosi la responsabilità penale del militare, deve comunque riconoscersi che una fotografia possa rientrare nel concetto di cosa mobile e che il profitto rilevante ai fini dell'art 315 c.p. possa avere anche solo carattere morale, per cui la

concorde nel ritenere che, pur non essendo espressamente previsto, la cosa oggetto di appropriazione debba in qualche modo avere un valore cosicché se questo manca, oppure nel caso in cui sia talmente esiguo da essere nullo, il reato non sussiste¹³; le condotte di questo tipo sarebbero quindi da ritenersi inoffensive, poiché la cosa di cui il soggetto attivo si appropria non ha l'attitudine a soddisfare le esigenze proprie della pubblica amministrazione (per approfondimenti si rimanda al cap. 2); autorevole dottrina¹⁴ in proposito rileva che, se le cose oggetto di appropriazione devono "appartenere" alla p.a., allora possiamo dire che l'appartenenza identifica un rapporto del soggetto con un "bene" che, per definizione, deve avere un valore, anche perché è proprio questo elemento che muove l'intento criminoso dell'agente. La giurisprudenza si è da sempre mossa verso una direzione molto più rigorosa, poiché configura il peculato anche nell'appropriazione di somme modestissime di denaro o di cose mobili aventi valore esiguo¹⁵. Tale posizione si traduce in un'impostazione

soddisfazione di bisogni sentimentali è una forma di utilità giuridicamente rilevante.

¹³ FIANDACA – MUSCO, PtS I, 191; BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 307; BEVILACQUA, 403; CAGLI, 342; PAGLIARO – PARODI GIUSINO, PtS I, 69 ss.; PANNAIN, 53.

¹⁴ SCORDAMAGLIA, 600, secondo cui (richiamando la giurisprudenza prevalente all'epoca) il valore penalmente rilevante non è solo quello economico in sé e per sé, ma è rappresentato da ogni ragionevole utilità che la cosa può avere in rapporto alla generalità dei soggetti, o anche a una determinata persona, o che può acquistare o riacquistare per il fatto dell'agente o di altri; si attribuisce rilevanza anche ad una dimensione soggettiva del valore e non solo quantitativa. L'esito di questa teoria il dover valutare l'oggetto materiale del peculato prima di inserirlo nel quadro di valore del fatto concreto, che a sua volta sarà ricondotto alla misura della fattispecie legale ipotizzata (questo è il medesimo procedimento che si adotta per i c.d. *munuscula*, i modesti donativi nell'ambito della corruzione). La tesi è condivisa da SEGRETO – DE LUCA, 94.

¹⁵ Cass. Pen., sez VI, 9 luglio 2010, n.26 476, in portale web "*Diritto 24*", secondo cui il peculato si consuma nel momento in cui ha luogo l'appropriazione della "*res*" anche quando non arreca, per qualsiasi motivo, danno alla p.a. (si fa riferimento al caso dell'agente di polizia penitenziaria, incaricato di controllare la posta inviata ai detenuti, che si sia appropriato della cifra di 20 euro, contenuta in

formalistica¹⁶, che individua come rilevante ai fini del peculato non solo il fatto che un determinato bene possa avere un valore patrimoniale economicamente apprezzabile, ma anche la possibilità che questo possa acquistare o riacquistare un certo valore economico sulla base delle successive utilizzazioni di tale bene da parte dell'agente o di terzi¹⁷. Si portano ad esempio: l'appropriazione di rifiuti destinati alla distruzione¹⁸, l'appropriazione di ricette mediche e delle fustelle staccate dalle confezioni di medicinali¹⁹, le notule di prescrizione di prestazioni sanitarie²⁰; le boccette di un laboratorio di analisi²¹. A questa posizione assai rigida si è opposta la dottrina, che ha rilevato come la giurisprudenza in realtà non si stesse accorgendo di un errore nella sua operazione interpretativa²². Come rilevato in precedenza (*supra* cap. 2, §5), sono nettamente distinti i piani fattuali dell'appropriazione di cose che di per sé non hanno valore economico con quello della riutilizzazione di tali beni attraverso la realizzazione di artifici o raggiri, collegati ad un comportamento truffaldino dell'agente nei confronti

una missiva indirizzata al contenuto); Cass. Pen., sez. VI, 26 giugno 2009, n. 26595, in portale web “*Diritto 24*”; Cass. Pen., sez. VI, 2 marzo 1999, Abate, *CP* 2001, 166; Cassaz, sez. VI, 10 giugno 1993, Ferolla, *CP* 1995, 285.

¹⁶ GUIDI, 2007, 65 ss.

¹⁷ La posizione è sostenuta in dottrina da MANZINI, 121, che ritiene la questione circa il valore della cosa oggetto di appropriazione priva di importanza, dal momento che non sembra possibile che cose prive di ogni valore o non valorizzabili siano affidate per ragione d'ufficio o di servizio a un pubblico ufficiale o a un incaricato di pubblico servizio; si ritiene che la tenuta del valore della cosa appropriata o distratta possa avere efficacia soltanto come circostanza attenuante ex art. 62 n.4 c.p. In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 31 ottobre 1986, Vacca, *RP* 1987, 427.

¹⁸ Cass. Pen., sez. VI, 15 febbraio 1978, Vultaggio, *GP* 1979, II, c. 188.

¹⁹ Cass. Pen., sez. II, 4 febbraio 1988, Galluccio, *RP* 1989, p. 422.

²⁰ Cass. Pen., sez. VI, 25 ottobre 1989, Mocini, *RP* 1991, 99.

²¹ Cass. Pen., sez. VI, 16 dicembre 1989, Calabrò, *RP* 1991, 212.

²² FIANDACA – MUSCO, *PtS* I, 191; BEVILACQUA, 407; GUIDI, 2007, 66; CAGLI, 342; PAGLIARO – PARODI GIUSINO, *PtS* I, 69. In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 30 maggio 2001, Iola, *GD* 2001, 49.

della pubblica amministrazione. La giurisprudenza sbaglia quando, in queste ipotesi, ritiene centrale il fatto appropriativo poiché, consumandosi su cose prive di un rilevante valore economico, di per sé non arreca alcun tipo di danno economico alla pubblica amministrazione; il lucro che l'agente ottiene è quindi successivo alla condotta appropriativa, si collega all'ulteriore e distinto utilizzo di tali oggetti nell'ambito un'operazione fraudolenta e truffaldina ed è assai diverso dal profitto che può trarsi dalla condotta rilevante *ex art 314 c.p.*²³ L'impostazione giurisprudenziale comunque si è evoluta nel tempo ed ha portato a rilevanti, per cui si ritiene che il peculato non sussista in ogni ipotesi in cui l'appropriazione riguardi cose di esiguo valore²⁴.

Nell'ipotesi di appropriazioni reiterate nel tempo, la valutazione della sussistenza di un valore economico del bene dovrà tener conto della frequenza dei prelievi, nonché delle quantità di oggetti di cui ci si appropria, in modo da poter valutare tanto nel complesso quanto nei confronti di singoli atti appropriativi se vi è un valore economico che sia sufficiente per ritenere sussistente il delitto.

²³ Un chiaro esempio di questa confusione giurisprudenziale si ha in Trib. Di Perugia, 7 febbraio 1992,, *RP* 1992, 764, dove si è ritenuta sussistente la responsabilità per peculato in capo all'impiegato che, appropriatosi di francobolli usati, in sé privi di valore economico, facendoli figurare come rappresentativi delle somme dovute dai ritardatari nel ritiro dei pacchi, si sia poi appropriato delle somme stesse.

²⁴ Cass. Pen., sez. VI, 10 gennaio 2011, n. 256, in portale web "*Diritto 24*"; Cass. Pen., sez. VI, 20 luglio 2006, n.25273, in portale web "*Diritto 24*"; Cass. Pen., sez. VI, 11 aprile 2005, n.13064, in portale web "*Diritto 24*"; Cass. Pen., sez. VI, 24 marzo 2005, La Rosa, *CP* 2006, 98; Cass. Pen., sez. VI, 6 dicembre 2004, Battaglia, *Gdir* 2005, 2, 97; Cass. Pen., sez. VI, 5 novembre 2002, n.37018, Treviglio, in portale web "*Diritto 24*"; Cass., sez VI, 20 ottobre 2000, Mazzitelli, *CP* 2001, 2381.

1.3. Il peculato di energie. L'energia lavorativa umana.

Le energie devono considerarsi beni mobili, poiché l'art 624 comma 2 c.p. dispone che *“agli effetti della legge penale, si considera cosa mobile anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia un valore economico”*. Dal combinato disposto degli artt 314 e 624 c.2 c.p. possiamo quindi prospettare il c.d. “peculato di energie”, consistente nell'appropriazione di tale bene mobile in modo autonomo rispetto al possesso della cosa da cui l'energia promana (altrimenti, ovviamente, la condotta avrà a oggetto la cosa ma non l'energia).

Una problematica molto discussa riguarda la configurabilità del c.d. peculato “di energie lavorative umane”, riferendosi a quelle ipotesi per cui il pubblico funzionario, sfruttando la sua posizione di superiorità gerarchico – funzionale, si avvale del personale dipendente dell'ufficio per l'esecuzione di prestazioni lavorative a vantaggio proprio o di terzi, distogliendo la forza lavoro dalla legittima occupazione a servizio della pubblica amministrazione.

La dottrina è pressochè concorde nell'escludere la rilevanza di tale condotta ai fini dell'art 314 c.p.²⁵, in primo luogo perché l'energia lavorativa umana non può essere posseduta a prescindere dalla persona che la produce e perchè l'uomo, in quanto non è cosa mobile, non può

²⁵ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 305 ss; BEVILACQUA, 400; CAGLI, 342. In giurisprudenza Trib Padova, 24 febbraio 1978, Gigli, *RP*, 1978, 1022, dove si afferma che l'energia prodotta dall'uomo è un elemento intrinseco, vitale e dinamico della persona, che non può essere concettualmente o giuridicamente staccato dalla stessa; per questo motivo la separazione dell'energia dall'oggetto che la produce ed il suo trasferimento in un altro corpo o involucro non è possibile per l'energia umana; *contra* PASSARELLI, *Il peculato delle energie di lavoro*, in *GP* 1972, II, 151, dove si afferma che il delitto di peculato è escluso solo se l'utilizzazione del pubblico dipendente, poiché momentanea ed eccezionale, non incide in modo apprezzabile sul funzionamento della p.a.

formare oggetto di appropriazione; si nega poi che in queste particolari ipotesi si realizzi una distrazione del denaro destinato alla retribuzione del lavoratore che viene distolto dalle sue mansioni dal proprio superiore. La posizione dottrinale è confortata anche dall'art 78 della legge 1° aprile 1981, n. 121 *“Nuovo ordinamento dell'amministrazione della pubblica sicurezza”*, che sotto la rubrica *“arbitraria utilizzazione di prestazioni lavorative”* punisce con la reclusione fino a due anno *“...il pubblico ufficiale che utilizza arbitrariamente le prestazioni lavorative di personale dell'Amministrazione di pubblica sicurezza, in contrasto con i compiti dell'istituto, al fine di realizzare un profitto proprio o di altri”*²⁶; l'importanza di questa disposizione è fuor di dubbio, poiché interviene in un settore che altrimenti presenterebbe una pesante lacuna. Un'ulterior conferma di questa posizione, come rileva parte della dottrina²⁷, si trova nei lavori preparatori alla riforma del 1990, rispettivamente nei progetti di legge Vassalli ed altri (n. 1250/1985) e Andò ed altri (n. 2709/1985), dove si prospettano diverse soluzioni per l'inquadramento della fattispecie di appropriazione di energie lavorative umane. Il primo progetto proponeva la configurazione di una fattispecie di utilizzo abusivo dell'attività lavorativa da parte del superiore, che fosse completamente autonoma da quella del peculato, proseguendo nel solco formato dall'art 78 l. 121/1981; l'altra soluzione invece si limitava ad estendere le ipotesi di incriminazioni per peculato anche all'ipotesi in esame, pur diminuendo la pena rispetto a quanto previsto dall'art 314 c.p.; come rilevato della

²⁶ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 305; GUIDI, 2007, 68; BEVILACQUA, 401.

²⁷ GUIDI, 2007, 68 ss.

dottrina²⁸, a tali soluzioni non si dette seguito per paura di distorsioni applicative, è evidente però che la prospettazione di tali proposte sia un segnale della palese inadeguatezza dell'art 314 c.p. rispetto alla prospettazione del peculato di energie lavorative.

L'analisi della giurisprudenza sul punto deve condursi distinguendo le posizioni che si sono affermate in epoca anteriore e posteriore alla riforma. Nel periodo anteriore alla legge 86/90 si era concordi nel ritenere che commetta peculato il pubblico ufficiale che, avvalendosi della propria funzione, impieghi a scopi privati l'opera delle persone addette alla pubblica amministrazione, sia perché in tal modo ostacola il raggiungimento dei fini istituzionali perseguiti dall'amministrazione, sia perché distrae il pubblico denaro speso dall'amministrazione senza alcuna pubblica utilità²⁹. Dalla giurisprudenza dell'epoca emerge chiaramente che oggetto dell'appropriazione è la mano d'opera, l'energia lavorativa del dipendente, senza alcuna considerazione delle obiezioni mosse dalla dottrina, per cui un'energia è suscettibile di appropriazione solo se può essere posseduta senza il possesso della cosa che la produce. La situazione successiva alla riforma vede un cambio di rotta; pur rimanendo qualche sparuto caso che configura ancora il delitto di peculato³⁰, la Suprema Corte

²⁸ CAGLI, 342.

²⁹ Cass. Pen., sez. VI, 17 settembre 1990, Del Vecchio, *CP* 1992, 1517; Cass. Pe., sez. VI, 6 dicembre 1983, Russo, *GP* 1984, c.390; cass. Pen., sez. VI, 21 marzo 1980, Papette, *CP* 1981, 2005.

³⁰ Cass. Pen., sez. VI, 18 gennaio 2001, Casseti, *CP* 2001, 3423, dove la giurisprudenza configura gli estremi del peculato d'uso (utilizzo dell'autovettura) ma anche del peculato ordinario (in relazione al distoglimento dell'autista dalla sue funzioni di esecutore di un servizio pubblico, escludendo la sussistenza di abuso d'ufficio ex art 323 c.p.) nel caso del colonnello dell'Aeronautica militare che, in qualità di direttore del servizio sanitario della Regione, si faceva accompagnare una volta alla settimana con l'auto di servizio presso un poliambulatorio dove svolgeva l'attività di medico privato.

ritiene che il pubblico ufficiale che utilizzi nel proprio interesse privato le prestazioni lavorative di un dipendente realizzi gli un abuso d'ufficio e non peculato poiché quest'ultimo, in ogni sua forma, presuppone sempre l'appropriazione della cosa e non è concepibile l'appropriazione di una persona o della sua energia lavorativa³¹.

A conclusione del tema trattato in questo paragrafo, è opportuno rilevare che la disciplina predisposta dal legislatore alle varie forme di distoglimento dell'attività lavorativa è assai eterogenea e disordinata: se nell'impiego civile è pacifica l'applicazione dell'art 323 c.p., nell'ambito militare abbiamo una specifica disposizione (l'art 136 c. p. m. p.) in cui si persegue l'uso arbitrario di personale nelle officine e nei laboratori militari, mentre nulla è detto per gli altri casi, per cui sembrerebbe opportuno applicare la stessa soluzione applicativa prevista per gli impiegati civili; una diversa disciplina si ha invece per l'amministrazione della pubblica sicurezza, per cui si applica l'art 78 l. 121/1981 nei confronti degli agenti della

³¹ Cass. Pen., sez. VI, 13 maggio 1998, Agnello, *GP* 199, II, c.318; Cass. Pen., sez. VI, 27 gennaio 1994, Liberatore, *CP* 1996, 802, dove si ritiene che prima della riforma la condotta del pubblico ufficiale che abbia fatto lavorare per sé un dipendente, oggi perfettamente inquadrabile nel nuovo art 323 c.p., non costituisse reato e, nello specifico, peculato per distrazione, poiché la condotta appropriativa deve comunque consumarsi su una *res*, che poi viene destinata a finalità diverse da quelle istituzionali, non essendo concepibile appropriarsi di persone. Per quel che riguarda la vecchia formulazione dell'art 323 c.p. (anteriore al 1990), non era ipotizzabile abuso d'ufficio perché si richiedeva il fine di arrecare un vantaggio – o un danno – “ad altri” e non a sé stesso, e tale norma era limitata ai pubblici ufficiali e non anche agli incaricati di pubblico servizio; Cass. Pen., sez. VI, 16 maggio 1991, Burgaretta, *CP* 1992, 3024, dove invece si ritiene che l'utilizzazione della manodopera del dipendente da parte del p.u. integri gli estre, o del peculato per distrazione che, dopo la riforma del 1990, è confluito nell'abuso d'ufficio, quindi avremo la punibilità di tale condotta sulla base dell'art 323 c.p. (in quanto se ne realizzano gli elementi costitutivi) e non del 314 c.p.; in dottrina, la previsione di tale condotta alla stregua dell'abuso d'ufficio è condivisa da BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 305; BEVILACQUA, 402; FORNASARI in BONDI – DI MARTINO – FORNASARI, 122; CAGLI, 343.

polizia di Stato e della polizia penitenziaria, con una pena (fino a due anni) assai diversa da quella prevista per l'abuso d'ufficio (da sei mesi a tre anni). Da questa breve analisi emerge una situazione di profonda confusione legislativa e disparità di trattamento sanzionatorio, per cui è necessario che il legislatore affronti il problema dell'inquadramento delle condotte distrattive della forza lavoro in modo razionale ed unitario, prevedendo sanzioni che rispettino i principi di uguaglianza e ragionevolezza affermati in Costituzione.

2. L'altruità della cosa oggetto di appropriazione.

Come abbiamo visto in precedenza (cap. 1, § 2.2.2), il denaro o l'altra cosa mobile che sono oggetto di appropriazione devono essere "altrui". Sempre richiamando concetti già espressi, questa scelta puramente formalistica è la logica conseguenza della fusione del peculato e della malversazione a danno dei privati, per cui si elimina il binomio "appartenenza – non appartenenza" del bene alla pubblica amministrazione per sostituirlo con un concetto di sintesi, che raccorda nell'unica fattispecie di cui all'art 314 c.p. tutte le ipotesi che in passato avrebbero dato luogo a diverse risposte sanzionatorie; rinviando all'opportuna sede per l'analisi delle critiche avanzate alla scelta del legislatore di inserire questa clausola (cap. 1, § 2.2.2), dobbiamo chiarire quale sia il reale significato di "altruità". Poiché tale concetto svolge una funzione sostitutiva e di raccordo, si ritiene che esso abbia un significato simile a quello di "appartenenza", che nella formulazione originaria dell'art 314 c.p. si stagliava come vero e proprio

presupposto del reato³² (insieme all'elemento possessorio qualificato dalla ragione di ufficio o servizio). Poste queste premesse, la situazione si complica perchè la corretta definizione di "appartenenza", voce del linguaggio comune senza uno specifico significato giuridico³³ che esprime una generica posizione di dipendenza di una cosa rispetto ad un soggetto³⁴, è stata al centro di un acceso dibattito interpretativo. Durante la vigenza dell'originario art 314 c.p., le posizioni che si confrontavano erano sostanzialmente due: la prima sosteneva una tesi restrittiva, per cui la nozione di appartenenza alla p.a. doveva identificarsi con il diritto di proprietà³⁵, esclusivamente o in concorso con altri o con un altro diritto reale sulla cosa o su parte di essa³⁶, non essendo sufficiente il semplice possesso della cosa da parte della pubblica amministrazione per ammettere che questa le appartenesse, neppure se tale possesso avesse avuto il suo titolo in atti di coercizione reale come, ad es., il sequestro³⁷. La seconda posizione sosteneva che al concetto di "appartenenza" dovesse riconoscersi un significato molto più ampio, ciò comportando il delinearsi di un'amplissima serie di punti di vista. Secondo un primo indirizzo³⁸, infatti, l'appartenenza

³² CAGLI, 338.

³³ MANZINI, nell'edizione del 1935 del suo *Trattato di diritto penale* (vol. V, a pag 101 e 102) la definisce "volgare e non giuridica", per cui è dovere dell'interprete precisarla; *contra* RICCIO, 1965, 741.

³⁴ BUCOLO F., *Recezione penale dei diritto civile nei delitti contro il patrimonio*, in *GP* 1962, II, c. 9 ss.

³⁵ LOZZI, *L'appartenenza nel diritto penale*, in *RIDPP* 1958, 697 ss.; ³⁵ BUCOLO F., *Recezione penale dei diritto civile nei delitti contro il patrimonio*, in *GP* 1962, II, c. 9 ss., che fa leva sul fatto che il termine "appartenenza" sia proprio del linguaggio comune, per evidenziare che se questo viene calato nella dimensione giuridica esso si riferisca al solo diritto di proprietà.

³⁶ MANZINI, 124, che sottolinea l'irrelevanza dell'appartenenza del bene all'amministrazione cui dipende l'infedele, ovvero ad altra amministrazione, quando la cosa sia stata affidata all'agente per ragione di ufficio o servizio.

³⁷ MANZINI, 124.

³⁸ GRISPIGNI, 147; LEVI, 163 ss.

s'identificava non solo con il diritto di proprietà della pubblica amministrazione sulla cosa, ma anche con qualsiasi altro diritto reale che la stessa vantava sul bene, che fosse di godimento (servitù, usufrutto, uso, abitazione) o di garanzia (pegno ed ipoteca), perché ciò che rilevava era che la cosa fosse attualmente e strumentalmente destinata dalla pubblica amministrazione al proprio servizio o all'attuazione delle sue finalità. Per un secondo indirizzo³⁹, critico verso la configurazione dell'appartenenza nei termini di una mera destinazione della cosa al servizio dell'amministrazione (perché si riteneva che determinasse una nozione di appartenenza troppo ampia, dove non era chiaro quale fosse il reale contenuto del concetto) l'appartenenza si atteggiava alla stregua un rapporto fra il denaro o l'altra cosa mobile e la p.a., dove quest'ultima è titolare di un qualsiasi diritto reale o patrimoniale che gli consente di esercitare in modo attuale un potere, nonostante l'eventuale esistenza in capo ad un soggetto privato di un vincolo di natura reale o personale sulla cosa. Un terzo indirizzo⁴⁰, rilevando come il problema dell'esatta individuazione dell'istituto dell'appartenenza non fosse esclusivo del diritto privato o di quello penale ma riguardasse tutto l'ordinamento, individuava l'appartenenza nella relazione fra un soggetto ed un bene, che si sostanzia nell'esercizio di diritti reali o personali di godimento, escludendo in questo modo i diritti di garanzia. In base ad un ultimo orientamento⁴¹, il concetto

³⁹ RICCIO S., *La nozione di appartenenza nel diritto penale*, in *Scritti in onore di Manzini*, Padova, 1954, 408 ss.

⁴⁰ AMATO N., *Una precisazione in tema di appartenenza (artt. 314 e 315 c.p.) e di atti pubblici di fede privilegiata*, in *GP*, 1962, II, c. 104 ss.

⁴¹ PUNZO M., *L'appartenenza del denaro o della cosa alla pubblica amministrazione quale elemento differenziale fra peculato e malversazione*, in *GP* 1951, II, c.940 ss; MAGGIORE, 130; PANNAIN, 741.

di appartenenza del denaro o dell'altra cosa mobile alla pubblica amministrazione ha un significato diverso e più vasto rispetto a quello di "proprietà" e "appartenenza" secondo i canoni civilistici, per cui si identifica nella mera disponibilità del denaro o delle cose stesse, che si avrà non solo qualora la pubblica amministrazione ne sia proprietaria ma anche nei casi in cui essa li possieda in forza di un rapporto, pubblico o privato che ne consenta l'uso; il diritto all'uso potrà derivare non solo dalla legge, dalle consuetudini o da un particolare contratto, ma anche e soprattutto dalla causa per cui la p.a. possiede il bene pertanto, se questo è posseduto per consentire all'amministrazione di raggiungere i propri fini istituzionali, allora dobbiamo necessariamente dedurre che tale bene rientra nella disponibilità e, quindi, nell'appartenenza della pubblica amministrazione. L'identificazione del concetto di appartenenza con quello di disponibilità ha riscosso un enorme successo nella giurisprudenza, che ha potuto così espandere il raggio punitivo della fattispecie di peculato, a discapito della malversazione a danno dei privati. Per i giudici, infatti, l'appartenenza alla p.a. del bene era intesa come ogni forma di titolarità, disponibilità, godimento e utilizzazione della cosa da parte dell'amministrazione, anche se a carattere provvisorio e strumentale, per il raggiungimento di finalità pubbliche, prescindendo da ogni distinzione fra diritto di proprietà, altro diritto reale o mero potere di fatto sulla cosa⁴².

⁴² Cass. Pen., sez. VI, 25 giugno 1990, Nassisi, *RP* 1991, 374; Cass. Pen., sez. VI, 20 febbraio 1989, Radicati, *RP* 1990, 787; Cass. Pen., sez. VI, 27 maggio 1987, Morgante, *RP* 1987, 595.

La questione si è ridimensionata con la riforma del 1990, appunto perché il concetto l'“appartenenza” è stato sostituita e assorbita nell'“altruità” ed è stato eliminato il dualismo peculato – malversazione, tuttavia permane il problema dell'estensione di questo nuovo termine. Per la giurisprudenza la situazione è rimasta pressoché immutata, poiché il generico vincolo di destinazione della cosa a fini pubblicistici è in grado autonomamente di rilevare ai fini dell'applicazione dell'art 314 c.p., senza alcuna rilevanza della natura giuridica del rapporto fra l'agente e la cosa oggetto di appropriazione⁴³. Per la dottrina, è abbastanza diffusa l'idea che l'introduzione del concetto di altruità sia superflua⁴⁴, in quanto assorbito dal presupposto possessorio della ragione di ufficio o servizio, tuttavia il confronto fra i vari punti di vista circa la sua concreta estensione è piuttosto vivace⁴⁵.

Secondo una prima posizione ⁴⁶, la scelta del legislatore ha come unica conseguenza quella di ritenere insussistente il reato ogni volta in cui il bene appartiene allo stesso agente, oppure in ogni ipotesi dove si ravvisi in capo al pubblico agente un *agere licere*, sulla base di un

⁴³ Cass. Pen., sez. VI, 7 ottobre 1999, Di Sabato, *CP* 2001, 3425; Cass. Pen., sez. VI, 14 gennaio 2003, Mottola, *RP* 2004, 676; Cass. Pen., sez. VI, 4 luglio 1996, Fanni, *CP* 1997, 2717; Cass. Pen., sez. VI, 24 ottobre 1995, Randazzo, *RP* 1996, 44, dove si afferma che il denaro corrisposto dall'ente pubblico al soggetto privato, incaricato di pubblico servizio, conserva la natura pubblica allorché esso è sottoposto ad un vincolo di destinazione per finalità pubbliche; Cass. Pen., sez. VI, 25 febbraio 1994, Fumarola, *RP* 1995, 342, dove si afferma che se il denaro è destinato alla p.a., il soggetto che agisce nell'interesse di questa, riscuotendo le somme, non diventa proprietario del denaro, che deve poi versare, in quanto le somme appartengono alla p.a., nel momento stesso della loro consegna al soggetto pubblico da parte del privato.

⁴⁴ FIANDACA – MUSCO, *PtS* I, 192; DINACCI in COPPI, 42; SEMINARA, *CB* 752.

⁴⁵ I principali orientamenti dottrinali sono riportati anche da DE BELLIS M., *La Cassazione penale interpreta in senso estensivo il concetto di altruità della cosa oggetto di peculato: può essere tale anche la cosa di proprietà dell'imputato*, in *CP* 2006, 1653 ss..

⁴⁶ FIANDACA – MUSCO, *PtS* I, 192; SEGRETO – DE LUCA, 95; VINCIGUERRA, 338.

qualsiasi titolo; in questo caso la superfluità della scelta riformatrice risiede nel fatto che il possesso qualificato dalla ragione di ufficio o servizio di per sé escluda la titolarità del bene in capo al funzionario pertanto, ai fini della configurabilità del reato, *“il denaro o l'altra cosa mobile non soltanto non devono essere di proprietà del pubblico funzionario, ma neppure devono costituire oggetto di un altro diritto reale o di un qualsiasi diritto di obbligazione che gli attribuisca una disponibilità della res che lo legittimi a compiere l'atto di appropriazione: l'esistenza di un titolo, qualunque esso sia, che autorizzi il soggetto pubblico ad utilizzare il denaro (o l'altra cosa mobile) neutralizza infatti la possibile rilevanza penale di siffatta utilizzazione”*⁴⁷.

Una seconda impostazione ⁴⁸ si interroga preliminarmente sulla possibilità di assimilare la nozione di “altruità” penalmente rilevante a quella elaborata nel diritto privato. Ad avviso dell'A. non vi è ragione di intendere questi due concetti in modo diverso, pertanto nella nozione di “altruità” rilevante *ex art 314 c.p.* devono essere compresi *“tutti e soltanto quei rapporti che implicano un diritto di disposizione o di godimento autonomo della cosa o di una parte di essa”*. Questa posizione prende le distanze dall'orientamento della giurisprudenza dominante, che ritiene rilevanti non solo i poteri che derivano da rapporti di tipo patrimoniale, ma anche poteri che derivano da vincoli di natura personale e che comportino la possibilità di disporre della cosa per il raggiungimento dei fini istituzionali dell'ente.

⁴⁷ FIANDACA – MUSCO, PtS I, 192.

⁴⁸ ANTOLISEI, PtS, 314.

Un terzo punto di vista ⁴⁹, rifiutando ogni semplicistica riconduzione del concetto di “altruità” alla dimensione privatistica, recupera gli schemi argomentativi formulati in occasione della definizione di altruità rilevante per il delitto di appropriazione indebita⁵⁰. Rifiutata ogni assimilazione con il concetto di “proprietà altrui” in senso civilistico, si ritiene sussistente il requisito dell’altruità della cosa oggetto di appropriazione non solo nel caso di sussistenza di un vero e proprio diritto di proprietà altrui, ma anche alla presenza di un qualsiasi altrui diritto, reale o personale, che abbia, nel caso concreto, un valore economico – sociale superiore a quello della proprietà o del possesso da parte del p.u. o i.p.s. Analizzando l’altruità nei termini di un’indagine sulla proprietà del bene al momento dell’appropriazione, il peculato potrà realizzarsi anche nell’ipotesi di cosa comune, per cui il diritto di proprietà dell’agente coesiste con quello altrui; alle stesse conclusioni deve pervenirsi nel caso di beni comuni fungibili, per cui il peculato sussiste in relazione all’eccedenza della quota che spetta all’agente⁵¹. Se invece analizziamo l’altruità nei termini di un’indagine sull’esistenza rapporti giuridici che insistono sul bene e che si distinguono dalla proprietà, l’A. rileva come potrebbe sussistere il peculato anche nell’ipotesi di rapporti di garanzia; in queste ipotesi è ben configurabile il delitto di peculato, ad es., nel caso dell’addetto ad un Monte dei pigni che sottragga un oggetto pignorato di sua proprietà

⁴⁹ PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 72 ss; FORNASARI in BONDI – DI MARTINO – FORNASARI, 123; ; SEMINARA, *CB* 752 ss.

⁵⁰ PAGLIARO, voce *Appropriazione indebita*, in *Digesto delle discipline penali*, 230 ss.

⁵¹ Sulla configurabilità del peculato per appropriazione di cose comuni o fungibili, si veda anche BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 300.

(da quest'impostazione è chiaro che un eventuale diritto di proprietà dello stesso agente sulla cosa non rileva ai fini della configurabilità del reato).

Una quarta (ed ultima) impostazione⁵², sulla scia dell'orientamento giurisprudenziale, ritiene che sia opportuno dar rilevanza esclusivamente al vincolo di destinazione verso una finalità pubblicistiche che pende sulla cosa posseduta dall'agente per la ragione di ufficio o servizio, piuttosto che alle situazioni giuridiche soggettive che insistono sul bene oggetto di appropriazione; l'appartenenza del bene alla pubblica amministrazione (e di conseguenza l'altruità) deve accertata sulla base della destinazione a finalità pubbliche del bene, che può derivare da espresse disposizioni normative ovvero da manifestazioni della volontà della pubblica amministrazione. Rinviano al primo capitolo della trattazione per i profili critici relativi alla scelta riformatrice del legislatore (§ 2.2.2) e ponendo l'attenzione sulla definizione penalistica del concetto di altruità, questa teoria ritiene quindi che tal elemento finalistico sia in grado autonomamente di identificare quali comportamenti siano penalmente rilevanti e quali no, poichè tale vincolo di destinazione prevale su qualsiasi titolo privatistico che il soggetto agente possa vantare sulla cosa stessa. Le conseguenze pratiche di quest'impostazione (che è la più estensiva della responsabilità penale) sono di ritenere che, a prescindere dal modo con cui un bene è vincolato alle

⁵² PALAZZO in PADOVANI, 14; GUIDI, 2007, 76 ss.; BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 296; MAGNINI in PALAZZO, 21; ROMANO, 2013, 24 ss., per cui l'altruità deve intendersi secondo un'accezione ampia, non dissimile dal concetto di "appartenenza" della cosa alla p.a. in epoca anteriore alla riforma del 1990, comprensiva di ogni vincolo, determinato dal possesso funzionale, che imponga o consenta alla p.a. di disporre della cosa mobile, chiunque ne sia il proprietario o sia titolare, su di essa, di altro diritto.

finalità istituzionali di una pubblica amministrazione, nel momento in cui si crea questo legame diviene irrilevante ogni tipo di situazione giuridica soggettiva che insiste sulla cosa, anche se riconducibile all'agente⁵³, poiché è immediata la qualificazione di tale bene come appartenente alla pubblica amministrazione, divenendo quindi "altrui"⁵⁴.

3. (segue) riflessioni sul concetto di altruità.

La riforma del 1990, nell'intento di caratterizzare in modo più determinato l'art 314 c.p., ha finito per sollevare un caos sull'interpretazione di una "semplice" parola. La prima cosa di cui ci si accorge dall'osservazione di tutte le posizioni dottrinali in merito è che la maggior parte di queste cade in una contraddizione fondamentale: pur ritenendo l'inserimento dell'altruità superflua, e completamente assorbita dal possesso finalisticamente orientato, interpreta la norma in un modo che non consente di prescindere da tale concetto. Nello specifico, si sono

⁵³ Cass. Pen., sez. VI, 22 marzo 2005, Zito, CP 2006, 1650, con nota di DE BELLIS M., *La Cassazione penale interpreta in senso estensivo il concetto di altruità della cosa oggetto di peculato: può essere tale anche la cosa di proprietà dell'imputato.*

⁵⁴ A sostegno di quest'impostazione si citano le posizioni prese dalla giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 15 dicembre 1997, Striato, CP 1999, 528, per cui *"risponde di peculato l'agente della polizia municipale che si appropria di somme versate da privati e da lui riscosse a titolo di sanzione pecuniaria per violazione del codice della strada. Tali somme infatti entrano nell'appartenenza della pubblica amministrazione non appena ricevute dal pubblico ufficiale, indipendentemente dalle modalità di riscossione e dall'irrivalenza del mezzo di pagamento, anche in contrasto con disposizioni normative ed organizzative dell'ufficio, non potendosi escludere la sussistenza del reato per la inosservanza di prescrizioni e regole la cui violazione può costituire illecito amministrativo. È sufficiente a costituire il possesso "per ragioni di ufficio" un qualsiasi rapporto che, comunque, si ricolleggi, anche di fatto, alle mansioni esercitate dall'agente;* cass. Pen., sez. VI, 9 giugno 2004, Torregrossa, CP 2006, 616; .

affermati due filoni interpretativi: il primo⁵⁵ svolge le sue riflessioni argomentando sulle situazioni giuridiche soggettive, mentre il secondo⁵⁶, interpretando l'art 314 c.p. come se davvero non vi fosse alcun riferimento all'altruità, focalizza la propria attenzione esclusivamente sul nesso di destinazione pubblicistica del bene; senza scendere per il momento nel merito delle singole posizioni, è evidente che il secondo filone sia coerente con i presupposti della propria riflessione, poiché procede considerando come inesistente quella stessa clausola che etichetta come "superflua".

Dall'analisi delle posizioni che compongono il filone "soggettivistico" non si ritengono condivisibili le conclusioni; non si può senza alcun dubbio restringere la portata dell'altruità alla dimensione che assume nel diritto privato, poiché ne deriverebbe una dimensione applicativa estremamente ridotta rispetto all'ampio spettro fenomenico che abbraccia il peculato. In secondo luogo, non si ritiene condivisibile la tesi che esclude l'appropriazione penalmente rilevante qualora l'agente agisca in virtù di un mero *agere licere* giacchè, in questo caso, si autorizzerebbe il soggetto attivo a tenere qualunque comportamento che, pur legittimo, comunque lede il buon andamento della pubblica amministrazione dal momento che causa una deviazione delle sue risorse dai fini pubblici verso cui sono indirizzate. In merito alla posizione che fa riferimento alla valutazione delle situazioni giuridiche soggettive che

⁵⁵ FIANDACA – MUSCO, PTS I, 192; SEGRETO – DE LUCA, 95, VINCIGUERRA, 2008, 338; ANTOLISEI, PTS II, 314; PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 72 SS.; SEMINARA, CB, 752.

⁵⁶ Oltre alle posizioni della giurisprudenza, PALAZZO in PADOVANI, 14; GUIDI, 2007, 76 SS.; BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 296; MAGNINI in PALAZZO, 21; ROMANO, 2013, 24 ss.

insistono sulla cosa, si ritiene che l'altruità sussista laddove una situazione giuridica soggettiva sia peggio rispetto a quelle di cui è eventualmente titolare il soggetto attivo, pur rilevando che sia in assoluto quella che meglio interpreta il dato normativo valorizzando il termine "altruità", paga lo scotto di una complicazione probatoria in sede processuale, dal momento che si dovranno dimostrare l'esistenza delle situazioni giuridiche soggettive e sarà necessario "soppesarle" per valutarne la prevalenza.

È preferibile la posizione che, coerentemente con i propri presupposti, dà rilevanza esclusivamente alla ragione dell'ufficio o servizio dell'agente verso cui è finalisticamente orientato il possesso del bene. La giustificazione di tale indirizzo si coglie sul piano teleologico: il peculato tutela il buon andamento e l'imparzialità della p.a. (art 97 Cost.), perciò si ritengono irrilevanti, ai fini di una garanzia piena ed effettiva di tale bene giuridico, le condotte che il pubblico agente tiene nei confronti dei beni di cui ha il possesso per la ragione di ufficio o servizio in base ad un *agere licere* derivante da un qualsiasi tipo di situazione giuridica soggettiva di cui è titolare. Una volta instaurato il vincolo di destinazione, fintanto che il bene permane nella dimensione dell'attività pubblica, l'esercizio di un qualsiasi diritto o di una semplice condotta che si pone in conflitto con il lineare esercizio di tale attività deve ritenersi penalmente rilevante, salvo valutarne l'impatto sul patrimonio della pubblica amministrazione (o del privato). Un siffatto ragionamento estende lo spettro di condotte penalmente rilevanti, tuttavia permette di prendere in considerazione ogni tipo di condotta suscettibile di manifestarsi sul bene, discernendo

poi in base alla concreta lesione del patrimonio della p.a. o del privato quelle che sono concretamente rilevanti.

4. I presupposti del reato.

4.1. Il possesso “o comunque la disponibilità”.

È presupposto della condotta appropriativa che il pubblico agente abbia il possesso “o comunque la disponibilità” del denaro o di altra cosa mobile; rinviando a quanto detto in precedenza (cap. 1, § 2.2.1) per le osservazioni sull’inserimento della locuzione “o comunque la disponibilità” accanto a quella di possesso, in questa sede s’intraprenderà l’analisi specifica di questi due concetti.

Considerando la nozione di “possesso” rilevante per il diritto penale, di questa è stata data una duplice lettura in dottrina: si sono confrontate una posizione che interpreta questo concetto in modo tecnico – civilistico ed un’altra che sostiene una teoria autonomistica. La prima teoria, certamente influenzata dall’impostazione sanzionatoria⁵⁷ che improntava il diritto penale pre – costituzionale, interpretava il concetto di “possesso” espresso nelle varie disposizioni penalistiche nel significato tecnico che si desume dall’art 1140 c.c., per cui *“Il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un’attività corrispondente all’esercizio della proprietà o di altro diritto reale”*⁵⁸. Le

⁵⁷ Come si desume anche dalla riflessione, critica sulla teoria in esame, di PAGLIARO, 1967, 80.

⁵⁸ ANGELOTTI, 166 ss; LEVI, 172ss.; PANNAIN, 1946, 55 ss., secondo cui l’unica differenza prospettabile starebbe nel fatto che il possesso civilistico potrebbe (a differenza di quello penalistico) “adagiarsi” sul diritto di proprietà, pur rilevando che comunque questo concernerebbe il “titolo” del possesso e non la sostanza di esso, giacché è un istituto a sé stante rispetto alla proprietà; VINCIGUERRA, 334, anche se non è un sostenitore della tesi civilistica, sulla base di un principio di

motivazioni che sostengono questa posizione sono: a) la constatazione che il diritto penale non sia in grado di creare diritti reali, ma vi aggiunge soltanto la sua particolare tutela giuridica, poiché si ritiene insufficiente la tutela giuridica civile; b) la considerazione al di fuori di ogni dubbio che il possesso, nel diritto privato, sia una “signoria”, nel senso di una dominazione concepita come rapporto di fatto fra un soggetto e una cosa; per chiarire, in questa relazione l’agente esprime nella realtà materiale il proprio *animus* di signoreggiare sulla cosa stessa; c) la presunzione relativa di uniformità e coerenza con l’ordinamento nell’uso dei segni linguistici d) esigenze di certezza del diritto.

La teoria autonomistica⁵⁹ ritiene invece che nel diritto penale debba disegnarsi una nozione di possesso che si allontani dai tecnicismi del diritto privato per potersi plasticamente modellare sulle esigenze teleologiche dell’art 314 c.p., secondo un parametro di concretezza. Quest’orientamento rileva inoltre come corollario inaccettabile, nonché vero e proprio “paradosso ermeneutico” che, accettando la tesi civilistica, si dovrebbe ammettere il reato solo quando il soggetto attivo abbia sulla cosa un potere di fatto, che gli consenta di esercitare le

razionalità dell’ordinamento (per cui sono da scartare le interpretazioni che rendono superflua una previsione normativa) interpreta il concetto di “possesso” in senso civilistico *ex art* 1140 c.c., riferendosi alla “disponibilità” per farvi confluire le altre situazioni; l’A. comunque rileva che la portata pratica del problema è assai ridimensionata poiché è pacifico che possa ricondursi alla disponibilità quel che non rientra nel possesso.

⁵⁹ PAGLIARO, 1967, 80 ss; PAGLIARO – PARODI GIUSINO 75 ss; in DOLCINI – MARINUCCI, *C.P.*, 2835, BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 284, PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 76 (quest’ultimo in chiave critica), si ritiene che il possesso penalmente rilevante sia molto più vicino, se proprio si vuol ragionare con le categorie del diritto privato, alla previsione di cui al secondo comma dell’art 1140c.c., per cui il termine “possesso” sarebbe impiegato nell’art 314 c.p. nel senso della “detenzione” *ex art* 1140 c.2 c.c.; FORNASARI in BONDI – DI MARTINO – FORNASARI, 124 ss.; ROMANO, 2013, 27; FIANDACA – MUSCO, 193.

azioni di spoglio (art. 1168 c.c. “azione di reintegrazione”) e di manutenzione (art. 1170 c.c. “azione di manutenzione”) in caso di turbativa del possesso, e che attribuisca le responsabilità e i diritti di cui agli artt. 1148 c.c. (acquisto dei frutti) e 1150 c.c. (riparazioni, miglioramenti e addizioni); non è configurabile neanche la possibilità in capo all’agente dell’acquisto della proprietà ex art. 1153 c.c. (*effetti dell’acquisto del possesso*). È pacifico, pertanto, che il possesso in senso civilistico spetti esclusivamente alla pubblica amministrazione⁶⁰. A questa critica la dottrina “civilistica”⁶¹ ha ribattuto che fra la p.a. ed i pubblici uffici sussiste rapporto organico, per cui la prima non può concretamente esercitare i propri poteri se non attraverso le persone fisiche che compongono l’ufficio; per questo motivo, relativamente al possesso, questo sarà concretamente esercitato dal funzionario in quanto espressione del rapporto organico con l’ente, tale potere sulla cosa sarà quindi all’un tempo ricollegabile tanto alla persona fisica titolare dell’organo quanto all’ente. La dottrina autonomistica solleva due obiezioni a questa critica⁶²: in primo luogo, le definizioni di pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio di cui agli artt. 357 e 358 c.p. prescindono da ogni riferimento ad un rapporto di dipendenza o di identificazione organica con la p.a., per cui può compiere peculato anche un soggetto che non è legato alla p.a. da nessun nesso organico; in secondo luogo è ben possibile che la persona fisica per mezzo della quale l’ente

⁶⁰ PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 75, condiviso da FIANDACA – MUSCO, 193; MAGNINI IN PALAZZO, 10; ROMANO, 2013, 27. Si fanno comunque salvi alcuni rari casi in cui si realizza in capo al soggetto attivo il possesso civilistico (cap. 1, §2.2.1).

⁶¹ PANNAIN, 1946, 56 ss.

⁶² GUIDI, 2007, 82.

esercita il possesso commetta il fatto appropriativo pur non avendo la materiale disponibilità della cosa, avvalendosi quindi della propria posizione di superiorità gerarchico – funzionale per disporre del bene attraverso atti giuridici. Si rileva inoltre che la tesi civilistica è sconfessata anche da altre disposizioni del c.p., poiché l’art 646 c.p. prevede un aumento della pena “*se il fatto è commesso su cose possedute a titolo di deposito necessario*”, essendo pacifico che nel diritto civile il depositario non sia un possessore ma un mero detentore, pertanto laddove si dovesse intendere il possesso in senso civilistico, si dovrebbe configurare non già un’appropriazione indebita quanto un furto. Per concludere, autorevole dottrina ritiene di dover procedere con un metodo “esegetico – sperimentale”⁶³, utilizzando quindi un metodo empirico – deduttivo che si basa su un generale non disconoscimento del basilare principio di unità ed interdipendenza delle diverse branche dell’orientamento ⁶⁴: secondo quest’impostazione sarà soltanto l’interpretazione delle singole fattispecie a confermare o a smentire l’identità della nozione di possesso (o di detenzione) nell’uno o nell’altro settore dell’ordinamento, per cui anche l’accoglimento di una tesi autonomistica non esclude in fatto che in determinate situazioni vi possa essere una sovrapposizione di significato fra le nozioni privatistiche e penalistiche (gli Aa. riportano l’esempio dell’art 634 c.p. “turbativa violenta del possesso di cose immobili”). Ad oggi, la teoria dominante è quella che interpreta il concetto di “possesso” in senso più ampio rispetto a quello civilistico, inteso come potere autonomo

⁶³ FIANDACA – MUSCO, PtS II, tomo 2, 35, che richiama NUVOLONE, *Il possesso nel diritto penale*, 42.

⁶⁴ GUIDI, 2007, 83.

(rispetto al potere di vigilanza del soggetto che su esso ha un potere giuridico maggiore) sulla cosa funzionalmente destinato all'esercizio dell'ufficio o del servizio, con l'obbligo di restituzione o di rispetto della destinazione⁶⁵; per riprendere quanto detto in precedenza quelle quattro ipotesi di "*possesso o comunque la disponibilità*" rilevanti (cap. 1, §2.2.1), queste si identificano nel possesso civilistico, nel compossesso, nella disponibilità giuridica e nella mera detenzione materiale, che però si risolva in un potere giuridico sulla cosa (es. custodia, amministrazione etc.).

La giurisprudenza, in armonia con la dottrina autonomistica, si è sempre attestata sulla posizione che interpreta il possesso nell'accezione più lata, pertanto nel peculato questo deve intendersi nel generale significato giuridico di "potere di disposizione" dell'agente sulla cosa, in modo da far rilevare tanto il possesso immediato (o disponibilità materiale) quanto quello mediato (o disponibilità giuridica, nel caso in cui il pubblico ufficiale non abbia la materiale consegna del bene e la sua diretta disponibilità)⁶⁶. La conseguenza di quest'impostazione è considerare l'ambito di estensione del "possesso" coincidente con quello di "disponibilità giuridica", per cui sono rilevanti tutti quei comportamenti realizzati dall'agente che gli consentono, anche se privo del *corpus* del possesso, di manifestare sulla cosa quegli stessi

⁶⁵ FIANDACA – MUSCO, PtS I, 194; PAGLIARO, 1967, 80 ss; BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 284; FORNASARI in BONDI – DI MARTINO – FORNASARI, 124 ss.; SEMINARA, CB, 751; SCORDAMAGLIA, 590.

⁶⁶ Cass. Pen., sez. VI, 3 agosto 2001, Ottaviano, *Gdir* 2001, n.35, 83; Cass. Pen., sez. VI, 24 giugno 1999, Amendolagine, *GP* 2000, II, 325; Cass. Pen., sez. VI, 24 dicembre 1998, Ceci, *Gdir*, 1999, dossier n.2, 117; Cass. Pen., sez. VI, 4 giugno 1997, CP 1999, 529; Cass. Pen., sez. VI, 4 luglio 1996, CP 1997, 2717; Cass. Pen., sez. VI, 6 giugno 1990, Di Salvo.

comportamenti *uti dominus* che vengono a sostanziare la condotta di appropriazione. La giurisprudenza ha precisato che non rientrano nel concetto di disponibilità quei poteri del pubblico agente che non attengono alle facoltà del *dominus*, bensì a quelle di un creditore in un rapporto obbligatorio, che quindi gli consentono soltanto di esigere la prestazione della controparte o di adempiere alla propria, ponendo le premesse per un adempimento altrui⁶⁷.

Per quanto riguarda il concetto di “disponibilità”, rileviamo che il legislatore del 1990 ha da sempre riferito l’espressione “*o comunque la disponibilità*” alla nozione di “disponibilità giuridica”, pertanto ai fini del peculato rileveranno non solo le ipotesi in cui il soggetto attivo si approprierà di quei beni di cui ha la diretta detenzione materiale, ma anche quei casi in cui l’agente, non avendo la materiale disposizione ma essendo titolare di un’elevata posizione gerarchico – funzionale, eserciterà un potere giuridico di disposizione mediante ordini o istruzioni impartite ai suoi dipendenti che si trovino in contatto diretto con la cosa oggetto del reato (per le osservazioni sulle scelte di riforma si rinvia al cap. 1, §2.2.1); tutte le ipotesi di appropriazione di beni di cui il soggetto ha la disponibilità giuridica saranno quindi caratterizzate da un elemento negativo (la mancanza della disponibilità materiale della cosa) ed uno positivo (la presenza di poteri correlati alla particolare posizione ricoperta dal soggetto

⁶⁷ Cass. Pen., sez. VI, 19 febbraio 1993, Resta, CP 1994, 62. Parte della dottrina (LUCIBELLO in D’AVIRRO, 103) si è mostrata perplessa su quest’affermazione poiché, formulando l’ipotesi (*border line* fra il peculato e l’abuso d’ufficio) del pubblico agente che mediante omissioni porta a prescrizione il credito della p.a., rileva che vi sono casi in cui la condotta dell’*intraneus*, pur formalmente inquadrabile nell’esercizio di poteri propri del rapporto obbligatorio, determina *de facto* l’appropriazione dell’*extraneus*.

che gli consentono di disporne)⁶⁸. Nel riportare i due presupposti della condotta analizzati in questo paragrafo, autorevole dottrina⁶⁹ rileva che la locuzione “disponibilità”, poiché è preceduta dall’avverbio “comunque”, lascia intendere che possesso e disponibilità siano legati da un rapporto di specialità, in quanto il primo è *species* di un *genus* più ampio costituito appunto da una “disponibilità” comprensiva di ogni legame materiale e giuridico del soggetto con il bene.

Ai fini del peculato non rileva esclusivamente il possesso riconducibile al solo agente, infatti il delitto può consumarsi anche su beni che si trovano in una situazione di compossesso o disponibilità congiunta fra il soggetto attivo ed altri soggetti⁷⁰; la dinamica che porterà il pubblico agente ad appropriarsi del bene, non essendo in grado da solo di determinare il trasferimento nella sua disponibilità, consisterà nell’indurre la persona con cui divide la situazione possessoria a prestarla mediante inganno. Quest’impostazione è condivisa anche dalla giurisprudenza, secondo cui il possesso “*può far capo, congiuntamente a più pubblici ufficiali, qualora le norme interne dell’ente pubblico prevedano che l’atto dispositivo sia posto in essere con il concorso di più organi*”⁷¹. A livello pratico, questa precisazione trova riscontro nell’ambito della formazione dei titoli di spesa; se uno solo dei compossessori mediati del denaro pubblico compie

⁶⁸ DOLCINI – MARINUCCI, *C.P.*, 2835.

⁶⁹ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 284; CUPELLI in FIORE, 48; SEGRETO – DE LUCA, 97.

⁷⁰ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 288.

⁷¹ Cass. Pen., sez. VI, 4 giugno 1996, Zini, *CP* 1997, 2064; in senso conforme Cass. Pen., sez. VI, 26 gennaio 1988, Barberis, *CP* 1989, 1231; Cass. Pen., sez. VI, 1 febbraio 1980, Michelazzi, *CP* 1981, 785; cass. Pen., sez. VI, 23 gennaio 1980, Pascale, *GP* 1980, II, 704.

illecitamente la parte dell'atto dispositivo di sua competenza riuscendo così ad ottenere, attraverso anche il "concorso" degli atti dispositivi degli altri compossessori, l'effettiva disponibilità del denaro, sarà punibile alla stregua dell'art. 314 c.p.; si precisa che non saremo di fronte ad una truffa ai danni dello Stato, neanche se tale disponibilità è avvenuta attraverso un'elusione dei controlli da parte degli altri compossessori o attraverso l'induzione in errore di questi da parte dell'agente, poiché l'appropriazione del denaro di per sé integra il più grave delitto di peculato⁷².

Un'altra questione è se il possesso del contenente abbia come conseguenza anche il possesso delle cose che in esso sono chiuse; a riguardo dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'affermare che il possesso del contenente implica necessariamente la disponibilità di fatto del contenuto, sia esso o meno sigillato⁷³.

Un'ultima questione concerne il caso in cui l'agente, per la consumazione del reato, si sia illegittimamente arrogato il possesso del bene su cui ha poi realizzato la condotta appropriativa. Sebbene una parte della giurisprudenza abbia ritenuto sussistente il delitto di peculato⁷⁴, è più convincente (perché più in linea con la lettera della norma) l'ipotesi che nega la rilevanza *ex art* 314 c.p. a questa condotta, poiché si è del parere che la condotta appropriativa debba consumarsi su beni di cui l'agente ha già il possesso⁷⁵.

⁷² In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. III, 6 maggio 1963, Favuzza, *GP* 1964, II, 196, con nota di CANTAGALLI.

⁷³ In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 5 maggio 1976, Di Falco, *Foro it.*, 1978, II, 7. In dottrina: BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 289.

⁷⁴ Cass. Pen., sez. VI, 21 luglio 1970, Nuvoli, *SP* 1971, 402, con nota di RANIERI.

⁷⁵ In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 11 marzo 1971, Mariani, *CP* 1972, 203.

4.2. La locuzione “per ragione del suo ufficio o servizio”.

Il possesso idoneo a realizzare il delitto di peculato deve essere teleologicamente orientato alla realizzazione delle finalità dell'ufficio o servizio propri dell'agente⁷⁶; la locuzione “per la ragione del suo ufficio o servizio” quindi costituisce il titolo del possesso o disponibilità della *res*. L'espressione è stata introdotta nel 1930, in luogo della precedente elencazione casistica prevista all'art 168 del Codice Zanardelli (ci si riferiva all'amministrazione, esazione e custodia) ed è rimasta invariata dopo il 1990. L'importanza del prevedere questa qualificazione del possesso è duplice: in primo luogo disegna in modo netto la relazione che intercorre fra l'esercizio della funzione o del servizio e il presupposto possessorio della condotta appropriativa, per cui tale vincolo di destinazione prevale su ogni altro rapporto sussistente fra il bene ed il soggetto attivo. In secondo luogo⁷⁷, vincolando la situazione possessoria rilevante *ex art* 314 c.p. al possesso o alla disponibilità del bene in forza di un potere conferito all'agente per la realizzazione delle finalità dell'ufficio o servizio cui è addetto, si dà rilevanza a quelle condotte appropriative che violano i canoni del buon andamento ed imparzialità in un modo che trascende il semplice comportamento scorretto, caratterizzando il possesso qualificato alla stregua di un potere giuridico implicante la possibilità di operare sulla destinazione della cosa mobile almeno in linea di fatto o con atti giuridici viziati, giacchè

⁷⁶ Per la natura di presupposto della condotta della “ragione del suo ufficio o servizio” si rinvia a SEGRETO – DE LUCA, 102.

⁷⁷ LUCIBELLO IN D'AVIRRO, 105; PALAZZO IN PADOVANI, 11.

tutto questo costituisce espressione della funzione cui è legato tale potere di fatto. In sintesi, la ragione di ufficio o servizio (propria dell'agente) come titolo qualificante il possesso ha il ruolo fondamentale di delimitare il raggio operativo del delitto di peculato, caratterizzando giuridicamente il potere che deve sussistere in capo al soggetto, e costituisce il principale elemento differenziale dal delitto di appropriazione indebita⁷⁸; è evidente, infatti, che la locuzione “*a qualsiasi titolo*” prevista dall'art 646 e l'espressione “*per ragione del suo ufficio o servizio*” siano fra loro in rapporto di specialità per cui, a seconda del titolo del possesso, una condotta appropriativa sarà attratta nell'una o nell'altra sfera punitiva.

Dottrina e giurisprudenza si sono confrontate sulla valenza significativa della locuzione in esame; in giurisprudenza si sono affermate due posizioni: la tesi prevalente tende a svalutare la funzione delimitante della locuzione in esame per accogliere un'interpretazione che ne dilata il significato fino per farvi ricomprendere anche la “mera occasionalità”, per cui “*il possesso qualificato dalla ragione dell'ufficio o del servizio, nel senso della disponibilità giuridica, non è quello soltanto che rientra nella competenza funzionale specifica del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, ma anche quello che si basa su prassi e consuetudini invalse in un ufficio determinato, che consentono al soggetto di inserirsi di fatto nel maneggio o nella disponibilità della cassa in senso materiale, traendo l'occasione per un tale comportamento dalla propria qualità di soggetto organicamente inserito*”

⁷⁸ GUIDI, 2007, 86; GUIDI, 2008, 149; FLICK, 1971, 175, che imposta il suo ragionamento sulla definizione di ragione di ufficio o servizio su principalmente su argomentazioni di carattere letterale.

nell'ufficio pubblico"⁷⁹ ; la conseguenza di quest'impostazione è che si ritiene sufficiente per l'integrazione del presupposto possessorio qualunque situazione contingente, occasionata in modo generico dalle proprie competenze ed attribuzioni pubblicistiche, che consenta l'insorgere del possesso in capo al pubblico funzionario, prescindendo da ogni tipo di rapporto con le attribuzioni e le competenze che gli sono attribuite ed escludendo solo il caso in cui il possesso abbia origine da un fatto penalmente illecito. Altra parte della giurisprudenza, in posizione minoritaria, pur negando che il nesso funzionale debba restringere l'area di punibilità ai soli casi in cui l'appropriazione è commessa nell'espletamento degli atti tipici della funzione o del servizio, ritiene comunque necessario che vi sia un collegamento fra la funzione pubblica e il possesso del denaro o della cosa, negando quindi la rilevanza della mera occasionalità come generatrice della disponibilità del bene ed affermando⁸⁰ *"non solo che l'esercizio della funzione ha*

⁷⁹ Cass. Pen., sez. VI, 19 aprile 1995, Capponi, *CP* 1996, 1444. La stessa impostazione la troviamo anche in Cass. Pen., sez. VI, 9 novembre 2010, n. 39363, *DeJure*, dove si è ribadito che il concetto di "meramente occasionale" deve intendersi l'evento fortuito e legato al caso, escludendo ogni rilevanza al possesso originato dall'affidamento del privato nella funzione pubblica; Cass. Pen., sez. VI, 15 aprile 2003, D.M., *CP* 2005, 1590, che ha precisato che in tema di peculato, il possesso non deve necessariamente rientrare nel novero delle specifiche competenze o attribuzioni connesse con la sua posizione gerarchica e funzionale, essendo sufficiente che esso sia frutto anche di occasionale coincidenza con la funzione esercitata o con il servizio prestato; Cass. Pen., sez. VI, 11 luglio 2001, La Torre, *CP* 2001, 143, in cui si ritiene rilevante ai fini del peculato la condotta dell'ausiliario socio – sanitario dell'asl, addetto a svolgere il proprio servizio pubblico di infermiere in sala operatoria, che si appropri di alcune siringhe monouso, rientranti nella dotazione del reparto presso cui lavora ed alla quale abbia libero accesso, in ragione del ruolo rivestito, a prescindere dalla responsabilità della formale custodia del materiale sanitario, di competenza del caposala; Cass. Pen., sez. VI, 5 settembre 2000, Vergine, *CP* 2001, 2382; Cass. Pen., sez. VI, 8 aprile 1994, Palladini, *GP* 1995, II, c. 434. In dottrina: PULEIO, 597; RICCIO, 1955 173 ss., secondo cui la *"ragione di ufficio o servizio"* s'identifica nel possesso *"a causa dell'ufficio"*.

⁸⁰ Cass. Pen., sez. II, 8 aprile 1994, Siciliani, *GP* 1995, II, c.264, dove si afferma.

rappresentato la contingenza che favorisce l'insorgere del possesso, ma che il possesso stesso non sarebbe mai stato trasferito [...] senza il contemporaneo affidamento fiduciario riposto dal privato nella qualifica (dell'agente), cui contestualmente andava ad affidare la cura dei suoi interessi"; è da notare che, seppur discostandosi dall'orientamento prevalente, si dà comunque rilevanza all'affidamento della res al pubblico agente nell'ambito dell'esercizio delle sue funzioni, che tuttavia può aversi anche in virtù di attività consuetudinarie o abituali, in attività di fatto tollerate e non espressamente vietate, ovvero sulla base di un mero affidamento fiduciario. In sostanza, ci troviamo di fronte ad un'impostazione che è certamente meno rigorosa di quella prevalente ma che comunque collega il presupposto possessorio anche a situazioni che con l'ufficio o il servizio proprio del soggetto attivo hanno poco a che fare o lo riguardano in modo tangente; in generale, la posizione della giurisprudenza deforma⁸¹ in sede ermeneutica il possesso "per la ragione del suo ufficio o servizio" in "per la causa della qualità di agente".

In dottrina⁸² è pressoché pacifica l'interpretazione in senso restrittivo della locuzione in esame, pertanto la locuzione "per la ragione del suo ufficio o servizio" evidenzia la necessità di una dipendenza funzionale della situazione possessoria dall'esercizio della funzione o del servizio propri del soggetto attivo. La tesi in esame è sorretta da un triplice ordine di ragioni: in primo luogo, secondo un argomento letterale, il termine "ragione" ha un

⁸¹ LUCIBELLO in D'AVIRRO, 105.

⁸² BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 292; FORNASARI in BONDI – DI MARTINO – FORNASARI, 125 ss.; CAGLI, 339; SEMINARA, CB, 752; LUCIBELLO in D'AVIRRO, 105; PALAZZO – TARQUINI, 2; FLICK, 1971, 179.

significato giuridico ben diverso da quello di “occasione”⁸³, come si può notare dall’analisi dell’art 316 c.p. (peculato mediante profitto dell’errore altrui), dove si punisce la condotta del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che “*nell’esercizio delle funzioni o del servizio*”, riceve o ritiene indebitamente, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità giovandosi dell’errore altrui. La differenza con la formulazione di cui all’art 314 c.p. è evidente, infatti nell’art 316 c.p. l’agente approfitta dell’errore altrui “sul momento”, in una dimensione fattuale dove l’esercizio delle sue funzioni integra una mera facilitazione per il conseguimento del potere sulla cosa; nell’art 314 c.p. invece l’espressa menzione del “*per la ragione di ufficio o servizio*” indica che il possesso del bene su cui si consuma la condotta appropriativa debba essere teleologicamente collegato alla funzione che si riconduce il capo al pubblico agente. In secondo luogo, si giustifica questa posizione anche sul piano logico – sistematico, osservando che l’interpretazione estensiva proposta dalla giurisprudenza abbia la natura di una vera e propria *interpretatio abrogans* della fattispecie di appropriazione indebita aggravata dall’abuso dei poteri o dalla violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio, risultato della combinazione

⁸³ Per SEGRETO – DE LUCA, 103, il termine “ragione” indica una dipendenza, “occasione” invece una concomitanza casuale.; VINCIGUERRA, 334, per evidenziare il valore di dipendenza funzionale collegato alla parola “ragione” rileva che tale espressione è citata anche in altri articoli del Codice: l’art 175 c.1 c.p.(non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, pedito a richiesta di privati, *non per ragione di diritto elettorale*), l’art 222 c.4 c.p. (ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario del minore autore di reato commesso in determinate condizioni e prosciolto *per ragione di età*), l’art 650 c.p. (dove l’ordine dell’autorità trasgredito dev’essere legalmente dato *per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica o d’ordine pubblico o d’igiene*).

dell'art 646 c.p. con l'art 61 n.9 c.p.⁸⁴ In terzo luogo, si afferma che la posizione della dottrina abbia una sua ragion d'essere poiché l'art 314 c.p. qualifica l'ufficio o servizio utilizzando l'aggettivo "suo"⁸⁵, per cui il possesso deve essere teleologicamente orientato alla realizzazione delle finalità pubbliche che specificamente si riconducono in capo all'agente, e non in forza di una situazione contingente che determina l'occasione per il soggetto attivo di maneggiare denaro o altre cose mobili.

Muovendo dalla conclusione che l'unico possesso rilevante è quello che si trova in dipendenza funzionale dall'espletamento del pubblico ufficio o servizio proprio dell'agente, dobbiamo analizzare in che cosa si sostanzi tale nesso. La dottrina è solita riferirsi al concetto di "competenza", caratterizzandolo secondo un'accezione sostanzialistico - funzionale ed emancipandolo dalla dimensione strettamente legalistico - formale tipica del diritto pubblico ed amministrativo (per cui è "competenza" il complesso di poteri oggettivamente e soggettivamente spettanti ad un soggetto⁸⁶); la conseguenza di questo punto di vista è di ritenere integrato il delitto di cui all'art 314 c.p. anche in tutte quelle ipotesi in cui l'acquisto del possesso sia viziato da irregolarità, incompetenza relativa, violazione di doveri o illegittimità, purché al momento della costituzione del potere sulla cosa sia riconoscibile l'esercizio della pubblica funzione o servizio propri del

⁸⁴ CAGLI, 339; PALAZZO IN PADOVANI, 11; sulla base di un'accurata ricerca sulla giurisprudenza in tema di peculato, LUCIBELLO IN D'AVIRRO, 106, rileva che non ci sono decisioni che si siano occupate della differenza fra peculato ed appropriazione indebita, e meno che mai si trovano decisioni che abbiano ritenuto la sussistenza del delitto di appropriazione indebita in luogo del peculato; questo comporta che si ha la "tacita abrogazione del reato di cui all'art 646, aggravato ex art 61 n. 9 c.p.

⁸⁵ SEGRETO – DE LUCA, 103; GUIDI, 2007, 90.

⁸⁶ FIANDACA – MUSCO, 193 SS.

soggetto attivo e non emergano modalità penalmente illecite di conseguimento del possesso⁸⁷ (ad es. per frode, poiché in questo caso si configurerà una truffa aggravata); conseguentemente, come osservato dalla dottrina⁸⁸, si escluderà la tipicità (*ex* l'art 314 c.p.) di tutte quelle condotte che, pur esprimendo un potere di fatto sulla cosa, tuttavia non sono supportate dall'esercizio di un potere giuridico che discende direttamente dal rapporto funzionale o di servizio. Come formula di chiusura, riportiamo l'affermazione di autorevole dottrina, secondo cui *“v'è la ragione d'ufficio quando la cosa o il bene rientrano tra le attività funzionalmente devolute all'ufficio, per legge, in base a un atto amministrativo non illecito, e per prassi o per una tolleranza non vietata”*⁸⁹.

Per concludere, è necessario precisare che l'ipotesi in cui il pubblico agente si appropri di beni altrui assegnatigli sulla base di un mero vincolo fiduciario (c.d. affidamento *intuitu personae*), originato dalla reputazione e dal prestigio che derivano al soggetto dalla funzione o dal servizio che svolge, e non “per la ragione del suo ufficio o servizio”, escludono la configurabilità della condotta secondo quanto riportato all'art 314 c.p.⁹⁰

⁸⁷ PALAZZO IN PADOVANI, 11; PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 82 ss.; PALAZZO – TARQUINI, 2; FLICK, 1971, 181 ss.

⁸⁸ CASSESE, 4185.

⁸⁹ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 293.

⁹⁰ In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 9 novembre 2010, n. 39363, *DeJure*; Cass. Pen., sez. VI, 4 marzo 2003, Miniscalco, *RP* 2004, 133. In dottrina, fra i molti esponenti, FLICK, 1971, 183 ss., che ricollega tale ipotesi di possesso al concetto di “occasione”.

SEZIONE II

LA CONDOTTA APPROPRIATIVA

5. Questioni definitorie.

L'art 314 c.p. individua nell'appropriazione la condotta rilevante per il delitto di peculato ⁹¹. Comprendere l'effettivo significato di questo concetto da un punto di vista giuridico – penale, condividendo le riflessioni di parte della dottrina ⁹², richiede preliminarmente un'analisi etimologica e semantica. Nel linguaggio comune è pacifico che “appropriarsi” di una cosa voglia dire farla propria, impadronirsene e sottoporla al proprio dominio. Se si crede di utilizzare questa nozione come base per una precisa definizione giuridico – penale di “appropriazione” si cadrà in un errore fondamentale che precluderà ogni progressione nella analisi giuridica che è qui in via di sviluppo, poichè già da una preliminare analisi del significato di appropriazione, indossando la lente d'ingrandimento del giurista, si noterà che si pone come un vero e proprio “contenitore semantico” ⁹³; il significato etimologico di “appropriazione” non offre quindi alcuna indicazione (ma

⁹¹ Il codice penale del 1889, utilizzava il termine “sottrazione” invece di “appropriazione”. Dalla *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, II, p.127: “All'espressione sottrarre è sostituila la locuzione appropriarsi, che risponde alla vera essenza del fatto criminoso. Così rimangono eliminate le incertezze esegetiche, a cui dà luogo specialmente la parola sottrarre. Ambiguo ne è il significato, servendo esso non solo ad indicare il fatto di togliere od occultare la cosa allo scopo di appropriazione, ma anche quello di toglierla da un luogo determinato per impossessarsene.”

⁹² GUIDI, 2008, 77 ss.; nello stesso senso si muove anche BARTOLO in COPPI, 369 ss.; PROTO, 330; SCORDAMAGLIA, 566.

⁹³ In questi termini GUIDI, 2008, 78; in modo conforme si esprime BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 261ss. e BARTOLO in COPPI, 370; in particolare si rileva che di per sé i termini “appropriazione” ed “appropriarsi” nel linguaggio giuridico non delineano un contenuto preciso.

neanche nessuno spunto di riflessione) in ordine ai requisiti di tipicità rilevanti per la condotta nel diritto penale. Nello specifico, se non crea alcun problema ritenere appropriativa la condotta abusiva del soggetto che s'impadronisce della cosa di cui ha il possesso per la ragione di ufficio o servizio, non si può dire la stessa cosa in tutti quei casi dove non emerge in modo univoco la volontà del soggetto attivo di incorporare la cosa nel proprio patrimonio; si fa riferimento a tutti quei casi in cui l'agente dà in pegno la cosa (confidando nel fatto di poterla riscattare), alla sua mancata restituzione, all'utilizzo del bene in modo talmente logorante da rendere la cosa inutilizzabile o comunque intaccare la sua consistenza economica. *“Proprio perché nella sua “quintessenza il fatto dell'appropriazione è spirituale””*⁹⁴, è difficile delineare un preciso concetto giuridico – penalistico di appropriazione; in particolare, questo non identifica una specifica manifestazione della condotta ma traccia in modo generico il contenuto di disvalore del tipo di accadimento considerato dalla fattispecie astratta, pertanto avremo un concreto atteggiarsi del contegno appropriativo che sarà variabile secondo i fattori che influiscono sulla dinamica realizzativa della fattispecie⁹⁵ (come ad es. il tipo di rapporto giuridico da cui deriva il presupposto possessorio). L'originario assetto normativo inquadrava le fattispecie di appropriazione abusiva dal punto di vista di una pesante reazione

⁹⁴ SCORDAMAGLIA, 619; PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, 84.

⁹⁵ PEDRAZZI, 1958, 843; SCORDAMAGLIA, 618; FLICK, 1971, 337; VINCIGUERRA, 1970, 1039; PETROCELLI, 388, secondo cui *“non v'ha forse nessun altro reato che come l'appropriazione indebita presenti, entro la generica e comprensiva determinazione della legge, una così molteplice varietà di manifestazioni particolari”*.

sanzionatoria⁹⁶ verso quel soggetto che, avendo ricevuto il possesso della cosa da parte del proprietario sulla base di un vincolo fiduciario, lo tradisce ledendo il suo diritto di proprietà. La problematica che emerge da questa preliminare analisi semantica risiede quindi nel delineare un'appropriazione che sia tanto ampia da accogliere tipologie di condotte fra loro molto diverse quanto determinata, così da rispettare il principio costituzionale di determinatezza.

La dottrina ha affrontato e risolto questo problema ritenendo che per una corretta definizione si dovesse trascendere i dati meramente oggettivi e materiali, per riferirsi a un'impostazione di stampo più soggettivistico, che vede nell'elemento psichico del mutamento di *animus* del soggetto verso la *res* la chiave di volta per ogni problema definitorio⁹⁷; più in particolare, l'unico fattore ritenuto idoneo a caratterizzare in modo univoco ogni diversa tipologia di condotta sotto la denominazione di "appropriazione" è la trasformazione dell'atteggiamento psichico nei confronti della cosa, per cui l'agente cessa di possedere *nomine alieno* per farlo *nomine proprio*⁹⁸.

⁹⁶ Richiamata da BARTOLO in COPPI, 371.

⁹⁷ CUPELLI in FIORE, 53; FIANDACA – MUSCO, PTS I, 188; ROMANO, 2013, 31 ss.; D'AVIRRO in FORTUNA, 27; MANZINI, 143; PALAZZO – TARQUINI, 3; PEDRAZZI, 1958, 342; in senso conforme alla caratterizzazione della condotta da un elemento soggettivo CATENACCI in PALAZZO – PALIERO, 45. L'impostazione è espressamente criticata da MILITELLO, 1991, 278, secondo cui "*confinare però "al foro interno" il requisito in discorso non appare condivisibile, poiché l'esatta definizione della condotta di appropriazione è il frutto della composizione di momenti tanto soggettivi quanto oggettivi: i primi, necessari per distinguere la condotta tipizzata nell'art 646 c.p. dall'esercizio lecito dei poteri di uso e disposizione della cosa posseduta; gli altri, non meno importanti per una selezione nei confronti di atteggiamenti meramente interiori e come tali difficilmente accertabili*".

⁹⁸ In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. I, 13 giugno 1991, Fontecchi, GP 1992, II, 149, secondo cui il fatto che l'agente abbia trasformato, sia pure irregolarmente, il possesso indiretto in possesso diretto, acquisendo la materiale detenzione del denaro o altra cosa mobile appartenente alla p.a., non può essere considerato di per

Possiamo ben dire che l'aspetto soggettivo dell'appropriazione s'identifica nella realizzazione della volontà di appropriarsi⁹⁹, per cui l'atteggiamento psichico rappresenta il "substrato" del comportamento medesimo¹⁰⁰. Premesso ciò, la stessa dottrina¹⁰¹ puntualizza che, in forza del principio di materialità, il mutato atteggiamento interiore del soggetto non sia di per sé idoneo a delineare un'appropriazione penalmente rilevante, che si prospetta quando alla volontà del soggetto si accompagna una condotta che concretamente ed obiettivamente recide il legame fra la cosa e l'altrui diritto su di essa, instaurando una nuova signoria di fatto sul bene che è incompatibile con il titolo e le ragioni che ne giustificavano il possesso. In sintesi, l'appropriazione consiste nel creare una situazione di fatto dove il possessore si comporta come se fosse proprietario della cosa, compiendo atti ai quali non è autorizzato, escludendo quindi il vero proprietario¹⁰².

6. La condotta appropriativa fra peculato e appropriazione indebita. Analisi differenziale.

La "classica" domanda che tanto il giurista quanto il curioso si pongono, nel leggere e confrontare le due disposizioni disciplinanti il peculato (art. 314 c.p.) e l'appropriazione indebita (art. 646 c.p.), è questa: se si definisce sbrigativamente il peculato una sorta di "appropriazione indebita" del pubblico agente, allora

sé, come atto a realizzare l'appropriazione, atteso che occorre che tale trasformazione sia accompagnata dall'*animus rem sibi habendi* ed abbia coinciso con l'*interversio possessionis*.

⁹⁹ PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 54.

¹⁰⁰ FLICK, 1971, 337.

¹⁰¹ MANZINI, 143; MAGNINI in PALAZZO, 22; MANTOVANI, PtS II, 114 ss.; PEDRAZZI, 1958, 342 ss.

¹⁰² BARTOLO in COPPI, 372; PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 54.

l'appropriazione rilevante *ex art 646 c.p.* è la stessa dell'*art 314 c.p.*, oppure si pongono su due piani concettuali che, per quanto simili, sono comunque distinti? Come rileva parte della dottrina¹⁰³, rispondere a questo quesito è importante per un due motivi: innanzitutto, con la riforma del 1990, il legislatore ha eliminato dall'*art 314 c.p.* la condotta di distrazione, focalizzando la realizzazione del peculato nella sola condotta appropriativa; in secondo luogo, la configurazione in termini differenziati dell'appropriazione preclude la possibilità di estendere *sic et simpliciter* soluzioni e risultati in sede interpretativa di una fattispecie all'altra, mentre la definizione di un concetto unitario di appropriazione permette, seppure con le dovute cautele, un interscambio di dati ed interpretazioni. Quest'analisi differenziale ha determinato il confronto di molte posizioni dottrinali, che si possono classificare a seconda che l'analisi dell'*art 314 c.p.* concerna la formulazione originaria della norma o quella successiva alla riforma del 1990.

6.1. La dottrina antecedente alla riforma.

Prima del 1990 le posizioni che si sono affermate sul punto erano sostanzialmente due: la prima, minoritaria, affermava la coincidenza fra l'"*appropriazione*" nei delitti di appropriazione indebita e peculato mentre la seconda, maggioritaria, esaltava i profili differenziali di questo concetto, poiché calato in scelte del legislatore (tecniche e di politica criminale) completamente diverse.

¹⁰³ GUIDI, 2008, 85 ss.

La dottrina minoritaria, come abbiamo detto, affermava che l'appropriazione avesse il medesimo significato nell'art 646 c.p. e nell'art 314 c.p.¹⁰⁴, per cui questa si caratterizza per essere un'aggressione patrimoniale da parte dell'agente finalizzata alla trasformazione del possesso in dominio. Questa posizione poggia su un duplice ordine di argomentazioni: in primo luogo, si chiama in causa il generale principio di unità e coerenza logico – linguistica dei termini utilizzati nell'ordinamento giuridico, per cui si afferma la presunzione relativa (ribaltabile solo in presenza di chiari elementi identificatori) che uno stesso termine, a prescindere dal contesto di riferimento, abbia sempre lo stesso significato; in secondo luogo, si fa riferimento ai lavori preparatori al Codice, in cui si afferma che *“l'intima essenza del peculato non è diversa da quella del delitto di appropriazione indebita [...] e, quanto all'elemento materiale dell'espressione “sottrarre”, di cui è peraltro ambiguo il significato, è stata sostituita la locuzione “appropriarsi”, che risponde alla vera essenza del fatto criminoso”*¹⁰⁵. Da questo indirizzo si sono originate quelle prese di posizione preliminari e introduttive alla definizione di peculato, per cui questo sarebbe una sorta di “appropriazione indebita del pubblico funzionario”¹⁰⁶ (v. cap. 1, §1)¹⁰⁷. Questi orientamenti¹⁰⁸ hanno considerato i

¹⁰⁴ ANGELOTTI, 65 ss., nell'analisi differenziale dei delitti, rileva che *“quanto all'elemento materiale poi va osservato che distrazione o sottrazione del peculato; appropriazione con conversione in profitto di sé o terzi ed uso diverso della cosa; hanno identico significato giuridico; quello di inversione del titolo per cui si possiede”*; LEVI, 189 ss.; PETROCELLI, 429.

¹⁰⁵ *Relazione del Guardasigilli in Lavori preparatori*, pt. II, p.127.

¹⁰⁶ ANTOLISEI, PtS II, 309ss.; FIANDACA - MUSCO, PtS I, 185; COCCO – AMBROSETTI – MEZZETTI, PtS, 181; VINCIGUERRA, 331.

¹⁰⁷ Parte della dottrina (GUIDI, 2008, 88 ss.) ha contestato quest'impostazione, ritenendo che svalutasse troppo l'autonomia strutturale e funzionale della

punti di differenza fra i delitti di peculato e di appropriazione indebita, indicando che la linea di confine fra le due fattispecie risiede sicuramente nel titolo del possesso (v. cap 4, § 4.2); pur esistendo quest'elemento differenziale, comunque non si ritiene che abbia una rilevanza tale da incidere sull'essenza del contegno appropriativo, che rimane perciò identico per le fattispecie di cui all'art 314 e 646 c.p. ed è rappresentato dalla condotta di chi "*mutato animo, desiit possidere uti possessor et coepit possidere uti dominus*"

La dottrina maggioritaria ¹⁰⁹ propende per una ricostruzione differenziata di "appropriazione" nei due delitti; l'orientamento nasce dall'evoluzione giurisprudenziale nel settore creditizio (in riferimento alle diverse posizioni che i giudici hanno preso in merito al c.d. "abuso di fido bancario) e dalle osservazioni sulla rilevanza penale delle ipotesi di infedeltà nella gestione dei patrimoni societari (ovviamente non era stata ancora introdotta la fattispecie di infedeltà patrimoniale, che vedrà la luce solo nel 2002), dal momento che queste riflessioni hanno avuto come fulcro il rapporto fra peculato ed appropriazione indebita nella classificazione delle condotte sopra citate; la

fattispecie di cui all'art 314 c.p. e ritenendo che portasse ad un'*interpretatio abrogans* della figura di appropriazione indebita aggravata dalla circostanza di cui all'art 61 n.9 c.p.; per quanto tale osservazione sia precisa e sistematicamente coerente, si ritiene tuttavia più opportuno ridimensionare la portata di tali affermazioni a delle semplificazioni aventi solo carattere preliminare e definitorio, senza alcuna presa di posizione definitiva su contenuti o profili differenziali della norma, come si può ricavare anche dalle generiche formule linguistiche che accompagnano l'affermazione; "*il peculato, inteso lato sensu, in sostanza non è altro che un'appropriazione indebita commessa da un pubblico funzionario*" (ANTOLISEI, PtS II, 309 ss.) è di per sé una frase che ha il solo scopo di introdurre l'argomento, senza alcuna presa di posizione definitiva circa i connotati specifici del delitto.

¹⁰⁸ SCORDAMAGLIA, 565.

¹⁰⁹ PAGLIARO, 1967, 8 ss.; MILITELLO, 1991, 275 ss.; FLICK, 1971 e 1989; quest'impostazione viene criticata da BARTOLI, 1138 ss.

base concettuale di quest'impostazione è l'adozione di un metodo induttivo, ricorrendo alla comparazione strutturale delle due fattispecie, per confrontare concretamente i loro elementi costitutivi, tanto nei punti comuni quanto in quelli differenti¹¹⁰. In esito a quest'operazione, si è osservato che le fattispecie differiscono innanzitutto nel titolo del presupposto possessorio, per cui nell'appropriazione indebita è sufficiente un "qualsiasi titolo", mentre il peculato (e l'abrogata malversazione a danno dei privati) richiede più specificamente la "ragione dell'ufficio o servizio" propri dell'agente¹¹¹. In secondo luogo si pone come limite alla sovrapposizione dei due concetti di "appropriazione" la diversa configurazione del profitto; nello specifico, soltanto l'art 646 c.p. qualificava questo elemento nei termini di un'ingiustizia¹¹². Si rileva inoltre l'utilizzo di differenti espressioni, per cui l'appropriazione indebita è tale se la condotta è realizzata *"per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto"*, nel peculato invece la distrazione deve essere *"a profitto proprio o altrui"*, ricevendo una connotazione non tanto da un punto di vista finalistico quanto di esito, di destinazione finale della condotta. Si osserva, infine, che nel peculato il profitto è previsto solo per la distrazione e non anche per l'appropriazione¹¹³ per cui, come rileva parte della dottrina,

¹¹⁰ Sull'opportunità di negare ogni rilevanza ad un metodo d'indagine deduttivo, MILITELLO, 1991, 286, afferma che *"...il momento sistematico dell'interpretazione non può generalizzare forzatamente un concetto ricavato da una singola norma per applicarlo deduttivamente agli altri enunciati normativi che lo contengono: il concetto generale potrà essere pure elaborato, se lo si ritiene utile, ma al fine dovrà procedersi in via induttiva, riunendo gli elementi effettivamente comuni alle diverse previsioni, le quali possono essere intese solo prendendo le mosse dal tenore letterale delle singole disposizioni"*.

¹¹¹ FLICK, 1971, 183; RICCIO, 1965, 737.

¹¹² FLICK, 1971, 341.

¹¹³ FLICK, 1989, p.321, afferma che *"...nel peculato il coefficiente (oggettivo) del profitto si salda soltanto alla condotta di distrazione"*.

*“nel delitto di peculato e di malversazione la destinazione a profitto altrui è prevista per la distrazione, non per l’appropriazione”*¹¹⁴. Poste le basi concettuali, la dottrina in esame si scinde nel chiarire quale delle due condotte abbia maggiore o minore estensione. Un primo orientamento afferma che l’appropriazione rilevante *ex art* 646 c.p. abbia un’estensione maggiore di quella prevista dall’*art* 314 c.p, perchè nel primo caso questa è rivolta non solo a realizzare un profitto proprio dell’agente ma anche altrui¹¹⁵. Altra parte della dottrina, afferma che l’appropriazione *ex art* 646 c.p. abbia un’estensione minore rispetto a quella del peculato, per la presenza del dolo specifico; questo, infatti, definisce (in senso limitativo) le condotte di appropriazione indebita¹¹⁶, rendendo irrilevanti tutti quegli abusi del possesso non finalisticamente orientati alla realizzazione di un profitto ingiusto. L’*art* 314 c.p. si caratterizza, invece, per una maggiore ampiezza delle condotte qualificate, giacché l’appropriazione si caratterizza per le sue *“...connotazioni oggettive, immediate ed intrinseche di antigiuridicità e lesività di un simile comportamento”*¹¹⁷. Ciò che davvero conta nel peculato è il mero abuso del possesso qualificato, a prescindere da ogni riflesso economico verso agente o soggetti terzi¹¹⁸.

¹¹⁴ PROSDOCIMI, 998, conclude la riflessione affermando che *“la virgola posta dopo la locuzione “se l’appropria” sottolinea lo stacco nel testo dell’art 314”*.

¹¹⁵ PROSDOCIMI, 998, secondo cui si può ricondurre all’appropriazione rilevante *ex art* 646 c.p. ogni tipo di condotta appropriativa che, nell’ambito del peculato o della malversazione, rileva esclusivamente come distrazione a profitto di terzi; MILITELLO, 1991, 784, secondo cui *“la mancata previsione della distrazione è bilanciata dalla possibilità che la condotta appropriativa sia rivolta non solo a realizzare un ingiusto profitto proprio dell’agente, ma anche “altrui”*”.

¹¹⁶ FLICK, 1971, 341, dove si rilevano i limiti oggettivi e soggettivi che caratterizzano il profitto nella condotta di cui all’*art* 646 c.p.

¹¹⁷ FLICK, 1971, 341.

¹¹⁸ In questo senso, è condivisibile la posizione di FLICK, 1989, 321, secondo cui gli obiettivi di tutela *“...sono più ampi per l’art 314 c.p., ove viene in considerazione anche la ragione di ufficio o servizio del possesso, con conseguenti implicazioni di*

6.2. La dottrina successiva alla riforma.

Anche in seguito alla novella del 1990 la dottrina si è attestata essenzialmente su due impostazioni. La prima, minoritaria¹¹⁹, sostiene che debba interpretarsi nello stesso modo la condotta appropriativa dei due delitti; la *ratio* di questa teoria, che prosegue nel solco tracciato dalle teorie unitarie in tema di rapporto fra appropriazione e distrazione prima della riforma (v. *infra*, sez. III, §11.1), si fonda sulla cancellazione del riferimento alla distrazione dall'art 314 c.p., per cui sarebbe venuto meno l'unico vero ostacolo ad una piena ed assoluta coincidenza semantica delle condotte appropriative rilevanti *ex art* 646 e 314 c.p.¹²⁰ Se questo è il nucleo teorico condiviso sul punto, sono da rilevare molte discordanze su più aspetti delle varie riflessioni, soprattutto riguardo al destino che è stato riservato alla condotta distrattiva e alle basi logico - argomentative delle teorie. In particolare, una parte di questa dottrina ritiene che la distrazione sia una *species* del *genus* di appropriazione giacché, “*mentre l'espropriazione della distrazione si caratterizza per la rottura del solo vincolo di destinazione imposto alla cosa, l'espropriazione della appropriazione si ha quando non solo risulta alterato il vincolo strumentale, ma sussiste anche la definitiva rottura della relazione fra il*

tutela della funzione di appartenenza alla pubblica amministrazione; sono invece più ristretti per l'art 646 c.p., ove viene in considerazione, più semplicemente, il possesso tout court a qualsiasi titolo”

¹¹⁹ BARTOLI, 1138 ss.

¹²⁰ Anticipando quanto approfondiremo in sede di analisi della condotta distrattiva (cap. 4, sez. III, §10.1), questa teoria percorre il solco tracciato dalla dottrina antecedente la riforma, per cui si sostiene che fra appropriazione e distrazione intercorra un rapporto di specialità, poiché il peculato non sarebbe altro che un'appropriazione indebita qualificata.

proprietario e la cosa, situazione che si può verificare anche con l'uso della cosa stessa"¹²¹. Altri esponenti¹²², viceversa, ritengono che con l'eliminazione della distrazione, ponendosi nei termini di un *genus* rispetto all'appropriazione, il significato della condotta appropriativa non possa che riferirsi alle categorie dell'appropriazione indebita, dove la condotta distrattiva è una *species* dell'appropriazione, della quale comprende quelle forme che non sono ritenzione, né alienazione né consumazione. Le due posizioni si differenziano anche sulle argomentazioni a sostegno della propria teoria: la prima¹²³ sostiene che la ricostruzione unitaria del concetto di "appropriazione" sia legata ad una sostanziale omogeneità di struttura e di funzioni fra le due fattispecie, ritenendo che le due norme condividano anche gli stessi obiettivi di tutela; la seconda¹²⁴, come anticipato sopra, si appoggia sulla cancellazione della condotta distrattiva per riconoscere come conseguenza inevitabile il riferimento della condotta appropriativa del peculato a quella dell'appropriazione indebita, con una nuova classificazione della distrazione quale *species* dell'appropriazione.

La dottrina maggioritaria¹²⁵ si attesta su una posizione che, nonostante l'intervento riformatore del 1990, riconosce all'appropriazione nel peculato un significato parzialmente diverso da quello dell'appropriazione indebita. Nello specifico, non si nega tanto l'esistenza di un

¹²¹ BARTOLI, 1143.

¹²² PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 51.

¹²³ BARTOLI, 1139.

¹²⁴ PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 53; GUIDI, 2008, 111, rileva tuttavia che quest'impostazione non nega un'oggettività giuridica del peculato diversa e più ampia di quella dell'appropriazione indebita, finendo per affermare che la nuova configurazione del peculato costringe l'interprete all'elaborazione di una nozione più estesa di appropriazione "...*magari valida solo per il peculato*"..

¹²⁵ BARTOLO in COPPI, 380; LO FORTE, 83; LUCIBELLO in D'AVIRRO, 100.

“nucleo minimo di significato”¹²⁶ comune ai due delitti, quanto la possibilità di compiere un “travaso di contenuti normativi”¹²⁷ dall’una all’altra fattispecie presupponendo che i due concetti abbiano il medesimo significato, pur se calati in contesti caratterizzati in modo molto differente; gli argomenti portati a sostegno di questa tesi sono molteplici. In primo luogo, analizzando le norme da un punto di vista meramente letterale¹²⁸, si nota la mancanza nell’art 314 c.p. dell’espressione “*per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto*”, presente nell’art 646 c.p.; le implicazioni di questa diversa strutturazione sono decisive, poiché se nell’appropriazione indebita si richiede da parte dell’agente il dolo specifico del profitto ingiusto, nel peculato è sufficiente il dolo generico per ritenere integrata la condotta rilevante. La *ratio* sottesa a questa scelta nella diversa architettura delle norme è chiara: se nell’appropriazione indebita la condotta si realizza nell’ambito di un rapporto di tipo privatistico, per cui la presenza di elementi che rendono giustificato il fine dell’attività appropriativa negano rilevanza penale al fatto (ad es. un diritto di credito da opporre in compensazione, l’esistenza di un legittimo diritto di ritenzione etc.), al contrario nel peculato ciò non accade; elemento caratteristico del delitto di cui all’art 314 c.p. è il vincolo pubblicistico che giustifica la situazione possessoria dell’agente, cosicché ogni condotta appropriativa che

¹²⁶ LUCIBELLO in D’AVIRRO, 100; l’A. evidenzia che “è ovvio che una parola debba avere sempre lo stesso significato, quale che sia il contesto: è altrettanto ovvio, però, che in differenti contesti la parola (fermo restando il suo nucleo minimo di significato) possa avere ambiti di significazione ristretti al minimo, ovvero più vasti, a seconda delle altre parole con le quali è connessa e dei concetti che, con la connessione, si vogliono esprimere.

¹²⁷ PALAZZO in PADOVANI, 22.

¹²⁸ LO FORTE, 83; GUIDI, 2008, 112 ss.

travalica quel confine lede immediatamente il bene giuridico del buon andamento ed imparzialità della p.a. e comporta la reazione sanzionatoria dell'ordinamento. Alla luce di quest'interpretazione letterale, è condivisibile l'opinione di parte della dottrina¹²⁹, secondo cui la nozione di "appropriazione" prevista dall'art 314 c.p. ha una latitudine maggiore rispetto a quella che aveva prima della riforma e rispetto al delitto di appropriazione indebita. La condotta peculativa, infatti, in ragione dell'"ambiguità" del momento espropriativo, nonché dalle diverse ragioni che qualificano il presupposto possessorio, conducono a ritenere che "appropriarsi" non significhi solo "fare propria" la cosa, ma anche "usarla illecitamente", in modo non momentaneo, oppure anche momentaneo ma senza restituirla immediatamente dopo l'uso, concretando così un "abuso nell'uso" della cosa¹³⁰. Nell'appropriazione indebita, infatti, non ogni forma di uso è abbracciata dalla condotta rilevante¹³¹; il peculato, invece, è configurabile anche

¹²⁹ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 259 ss., di cui però non si condivide l'opinione in tema di condotta distrattiva, poiché l'A. ritiene che sia pienamente riconducibile all'art 323 c.p. *Contra* MAGNINI in PALAZZO, 22 ss., che ritiene la condotta peculativa più ristretta e definita di quella di appropriazione indebita; l'A. giustifica questa teoria sul fatto che nel peculato le ragioni possessorie siano già ben definite *a priori* dalla norma, ponendo un riferimento granitico per la determinatezza dell'elemento oggettivo del reato. Si ritiene quindi che, mentre nell'appropriazione indebita la condotta rilevante abbraccia tutte quelle condotte che si caratterizzano per il mero fatto di essere manifestazione dell'*animo domini* dell'agente e che possono assumere contorni più o meno definiti, a seconda delle ragioni del possesso; nel delitto di peculato, invece rileveranno solo quelle condotte che, da un lato, si sostanzino in una sottrazione del bene dal vincolo di destinazione pubblicistica e, dall'altro, nella strumentalizzazione del bene verso finalità private.

¹³⁰ BARTOLO 382, CAGLI, 341, PAGLIARO – PARODI GIUSINO, PTS, 51.

¹³¹ Cass. Pen., sez. III, 3 aprile 1995, Carnovale, inedita, dove si afferma che è "*estranea alla struttura dell'art 646 c.p. l'appropriazione di uso nei limiti sostanzialmente segnati dal furto di uso e, quindi quando l'utilizzo presenti le seguenti caratteristiche: godimento momentaneo della cosa) diverso da quello legittimo), sua effettiva restituzione, non deterioramento dell'oggetto, dolo di uso. È invece, possibile l'appropriazione indebita di uso quando il godimento è un modo per esercitare il dominio sulla res. In altre parole è configurabile l'appropriazione indebita quando l'uso si concretizzi in atti di signoria assoluta*

dall'uso indebito della cosa, che si realizzi con modalità ed intensità tali da sottrarla alla disponibilità del privato proprietario o della pubblica amministrazione, poiché in tali casi si realizza una definitiva ed assoluta impropriaione, scaturente da un abuso del possesso che impedisce il perseguimento dei fini propri dell'agente.

Il dato che emerge dall'interpretazione sistematica¹³² delle due norme in esame fornisce il secondo pilastro della teoria "distintiva"; nello specifico, si evidenzia la grande "interazione sinergica"¹³³ fra il peculato e l'abuso d'ufficio, che ha sempre assunto il ruolo di una fattispecie residuale e generica, in cui far confluire tutte quelle condotte abusive che, pur ledendo il bene del buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione, tuttavia non raggiungono la soglia di rilevanza penale prevista dal peculato ovvero non integrano la fattispecie di un più grave reato. Questa funzione "servente" si è mantenuta anche dopo la riforma del 1997, per cui l'art 323 c.p. può ben essere invocato per la tutela nei confronti di tutte quelle condotte appropriative che non rivestano i caratteri dell'appropriazione rilevante ex art 314 c.p. poiché, pur richiedendo la realizzazione di un intenzionale vantaggio o di un danno ingiusti, di per sé è idoneo a contrastare ogni condotta aggressiva del buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione, attraverso la

sulla cosa o in una alterazione della stessa che ne diminuisca in maniera rilevante il valore economico o quando l'utilizzo, atteso il titolo del possesso, non era assolutamente consentito. In questa ipotesi, l'agente si comporta verso la cosa uti dominus, tenendo un atteggiamento inconciliabile con l'altrui maggiore diritto e l'uso della res diventa un atteggiamento inconciliabile con l'altrui maggiore diritto e l'uso della res diventa una modalità alternativa per conseguire l'impossessamento". Occorre, quindi, che l'agente si ponga in contrasto con i diritti del proprietario e che l'uso non sia assolutamente consentito, sulla base del titolo del possesso.

¹³² GUIDI, 2008, 114 ss.; LUCIBELLO in D'AVIRRO, 101.

¹³³ GUIDI, 2008, 114 ss.

“violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti”. Il risultato di quest’interazione fra norma è la creazione di una vera e propria “frontiera” per la rilevanza penale delle condotte appropriative, per cui si rende necessaria un *“actio finium regundorum finalizzata a circoscrivere anche il perimetro operativo dell’abuso d’ufficio, di talchè quest’ultima fattispecie svolge sotto questo riguardo anche una concreta funzione di delimitazione delle condotte riconducibili al genus dell’appropriazione”*¹³⁴. Dall’analisi strutturale dei delitti contro il patrimonio non risulta la sussistenza di una fattispecie analoga all’abuso d’ufficio; a tal riguardo, l’introduzione del reato di infedeltà patrimoniale (art 2634 c.c.) con il d.lgs. 61/2002 non è idoneo a svolgere lo stesso ruolo, poiché l’eccessivo tecnicismo e la grande quantità di elementi costitutivi (la qualifica del soggetto attivo, il conflitto di interessi, il compimento di un atto di disposizione ed il danno patrimoniale procurato intenzionalmente alla società) lo rendono più una fattispecie con una ben delimitata portata applicativa piuttosto che una norma idonea a colmare eventuali vuoti di tutela¹³⁵. A conclusione di questa breve riflessione, non si ritiene corretto equiparare il rapporto di coordinamento e sinergia sistematica intercorrente fra abuso d’ufficio e peculato con quello sussistente fra

¹³⁴ GUIDI, 2008, 115.

¹³⁵ GIUNTA, 284 ss., rileva come negli altri ordinamenti l’infedeltà patrimoniale sia stata strutturata come una figura di reato di ampia portata, incentrata sull’abuso di potere o sulla violazione del dovere di fedeltà e su tale solco ci si era mossi anche per il progetto di riforma del codice penale elaborato nel 1992 dalla Commissione Pagliaro che, pur delimitando la portata applicativa alla dimensione dell’impresa, ravvisava il reato nel *“fatto di chi, con abuso di poteri o violazione di doveri inerenti alle funzioni esercitate nell’impresa, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto ingiusto, cagioni all’impresa un danno patrimoniale”* (art 112.2).

appropriazione indebita ed infedeltà patrimoniale¹³⁶. Sempre dal punto di vista sistematico, non si può trascurare l'impatto che la previsione del peculato d'uso (art 314 comma 2 c.p.) ha nel delineare i requisiti della condotta peculativa¹³⁷; se si applica una pena meno grave al colpevole di peculato che dimostri di aver fatto un uso abusivo solo momentaneo della cosa, che dopo l'uso è stata immediatamente restituita, allora risponderà sicuramente di peculato comune *ex art 314 c.1 c.p.* chi invece della cosa fa un uso abusivo non momentaneo (definitivo), oppure momentaneo ma non accompagnato dalla restituzione. Il risultato dell'introdurre questa nuova fattispecie è l'interrogarsi sui nuovi confini di tipicità che assume la condotta appropriativa, riflessione che rimane estranea alla condotta rilevante per l'art 646 c.p.

Un terzo elemento a sostegno della teoria "distintiva" si ricava dall'interpretazione teleologica¹³⁸ delle fattispecie. Se sostenessimo la tesi unitaria, allora sarebbe necessario ritenere che vi sia una perfetta coincidenza fra peculato ed appropriazione indebita per quel che riguarda i beni giudici tutelati ed il contenuto di disvalore della condotta; questa posizione porterebbe ad una contraddizione di fondo, poiché si è affermato in precedenza (cap. 2) la natura plurioffensiva del delitto di peculato pertanto, anche ritenendo "strumentalmente prevalente"¹³⁹ la tutela

¹³⁶ La relazione fra appropriazione indebita ed infedeltà patrimoniale è stato affrontato in giurisprudenza nel senso di un rapporto di specialità: Cass. Pen., sez. II, 26 ottobre 2005, Pacini Battaglia, in *Giurisprudenza Italiana*, 2006, 7, p. 1480; Cass. Pen., sez. II, 24 giugno 2004, in *RP*, 2004, p. 1080.

¹³⁷ BARTOLO in COPPI, 380 ss.; GUIDI, 2008, 117; LUCIBELLO in D'AVIRRO, 98; MAGNINI in PALAZZO, 22.

¹³⁸ GUIDI, 2008, 117 ss.; LO FORTE, 83.

¹³⁹ Sull'integrità patrimoniale intesa come bene – mezzo per la tutela di valori istituzionali, privi di un sostrato materiale (il buon andamento e l'imparzialità *ex art 97 Cost.*), si rinvia a MAUGERI, 700 ss.

patrimoniale su quella funzionale, affermare l'identità della condotta nei delitti di appropriazione indebita e di peculato comporta un inevitabile "appiattimento" dei beni tutelati dalla fattispecie di peculato sulla tutela meramente patrimoniale delineata all'art 646 c.p.

6.3. Riflessioni

Da questa lunga analisi differenziale emerge un concetto di "appropriazione" che per il peculato si afferma in una dimensione concettuale affatto peculiare ed autonoma. Limitatamente alle teorie unitarie posteriori alla riforma, possiamo dire che la principale causa della loro insostenibilità risiede, oltre che nella non plausibilità e nella fragilità di una tesi che si fonda principalmente sulle sorti della condotta distrattiva, soprattutto nel non condividere basi argomentative solide anzi, si nota una profonda frattura proprio sui presupposti argomentativi che la fondano e sulle implicazioni che ne derivano. È condivisibile la tesi che colloca su piani concettualmente diversi e, fra tutti i motivi posti a giustificazione della teoria, si ritiene decisivo quello basato sull'interpretazione teleologica delle norme. Per quanto l'ovvio rilievo letterale della presenza di un nesso di destinazione che nel peculato si oppone al dolo specifico dell'appropriazione indebita siano di per sé evidenti nel dimostrare un'incompatibilità concettuale delle rispettive condotte appropriative, è l'analisi dei disvalori sottesi alle condotte che smonta totalmente il costrutto teorico delle tesi unitarie. Il peculato è un reato plurioffensivo, perché la sua condotta lede tanto il buon andamento e l'imparzialità della pubblica

amministrazione quanto l'integrità patrimoniale dell'ente amministrativo e dei privati; benchè in questa trattazione (cap. 2, §4 e 5) si sia affermata la prevalenza gerarchica del bene patrimoniale su quello funzionale, è altresì vero che questo non vale ad assimilare il bene tutelato dall'art 314 c.p. a quello dei delitti contro il patrimonio. La prevalenza gerarchica è vista in chiave strumentale e servente, per cui il fatto che la condotta peculativa abbia carattere lesivo delle sostanze patrimoniali ha la duplice funzione, da un lato, di tipizzare l'art 314 c.p. nell'ambito degli altri delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione e, dall'altro, di fungere da vera e propria "cartina di tornasole" per verificare se vi è lesione ai beni tutelati dall'art. 97 Cost.; il bene patrimoniale ha una "superiorità gerarchica servente" rispetto a quello funzionale, che quindi caratterizza il peculato alla stregua di un delitto contro la pubblica amministrazione "che offende il patrimonio".

7. Il nucleo minimo della condotta appropriativa. Le forme di manifestazione.

Nel paragrafo 6.2 si è detto che, anche se le condotte di peculato e appropriazione indebita si pongono su piani concettuali diversi, comunque sussiste un "nucleo minimo di significato"¹⁴⁰ comune ad entrambe le fattispecie che deve essere analizzato. Come detto in precedenza (*supra* §5), l'analisi semantica ed etimologica non è di alcun ausilio per il giurista, poiché identifica l'appropriazione con il "fare proprio" qualcosa, acquisendone la proprietà;

¹⁴⁰ LUCIBELLO in D'AVIRRO, 100.

dal punto di vista strettamente giuridico questa ricostruzione non deve essere considerata, poiché è ovvio che non sia possibile acquisire giuridicamente la proprietà di una cosa mediante condotte penalmente rilevanti¹⁴¹. Se analizziamo l'appropriazione con la lente del giurista le cose non si fanno comunque più semplici, atteso che prima di poter arrivare ad una posizione soddisfacente in termini di rispetto dei più elementari principi costituzionali in materia di diritto penale dobbiamo analizzare le varie interpretazioni che sono state date di questo concetto nel tempo. Il legislatore del 1930, nel progettare l'architettura del delitto di appropriazione indebita, affermò che *“il contenuto del delitto è la lesione del diritto di proprietà da parte del possessore, il quale si sostituisce al proprietario, facendo sua la cosa. Appropriarsi una cosa significa appunto farla entrare nel proprio dominio, il che, nel delitto in esame, si verifica mercè l'inversione del possesso”*¹⁴²; la volontà di inserire le categorie del diritto civile nella struttura dell'appropriazione indebita è stata sicuramente influenzata da una visione autoritaria e sanzionatoria dei delitti contro la pubblica amministrazione¹⁴³ ed ha delle implicazioni sul concetto di “appropriazione” che si devono esaminare. Accettando quest'impostazione, infatti, si determina un pressoché indefinito allargamento delle modalità di realizzazione della condotta, atteso che il Libro III del codice civile non contiene alcun riferimento alle modalità di violazione della sfera proprietaria, focalizzandosi piuttosto sulla definizione degli strumenti per la tutela giurisdizionale del proprio

¹⁴¹ PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 54; PROTO, 330.

¹⁴² *Lavori preparatori*, V, pt. II, p. 470; criticata da REGINA, 2.

¹⁴³ Per approfondire, RAMPIONI, 26 ss.

diritto contro ogni interferenza esterna. La non plausibilità della ricostruzione di un concetto di appropriazione che si colleghi con le categorie provenienti dal diritto civile si manifesta con maggior chiarezza laddove ci si sposti nell'ambito dei rapporti obbligatori, in particolare nelle ipotesi in cui l'agente (comodatario, prestatore d'opera, mandatario etc.) non osserva le disposizioni del proprietario della cosa di cui ha il possesso, oppure pone in essere atti non consentiti in base alla regolamentazione degli interessi (contrattuale o legale). In dottrina¹⁴⁴ si afferma che nell'ipotesi in cui si ritenesse che ogni discostamento dell'agente dalle disposizioni del *dominus* integrasse la condotta appropriativa, infatti, si andrebbe a cancellare ogni confine fra la condotta contrattualmente illecita e quella ben più grave di illecito penale, inoltre si impedirebbe la formazione di un equilibrio fra la responsabilità civile e quella penale, col rischio di uno scavalcamento della norma penale da quella civile (si pensi all'art 1711 c.2 c.c., che disciplina il discostamento del mandatario dalle disposizioni del mandante). È da escludere che l'interprete debba far riferimento alla disciplina civilistica dei rapporti obbligatori fra possessore e proprietario per delineare la condotta appropriativa, poiché in tal mondo finirebbe per relegare la fattispecie di peculato ad una mera figura vicaria che tutela precetti extra – penali (ad es., la corretta erogazione del credito); come sostiene parte della dottrina¹⁴⁵, è sbagliato irrigidire in modo parossistico la reazione dell'ordinamento penale per ovviare allo scarso funzionamento delle responsabilità

¹⁴⁴ PEDRAZZI, 1997, 1442.

¹⁴⁵ Per approfondire sull'argomento, RAMPIONI, 267.

amministrative e politiche, ritenendo così di ovviare alla carenza di strumenti di controllo e vigilanza.

L'impostazione che concepisce dal punto di vista penalistico il concetto di appropriazione si separa completamente dal modello di cui abbiamo appena parlato per concentrarsi a definirne i tratti caratteristici¹⁴⁶; nello specifico, si articola la condotta in un primo momento negativo (*l'espropriazione*), consistente nell'estromissione del proprietario dal legame con il bene, ed in un secondo momento positivo (*impropriazione*), ovvero la strumentalizzazione del bene a vantaggio dell'agente o di un terzo, disconoscendo ogni legame fra il bene ed il legittimo proprietario¹⁴⁷. Parte della dottrina rileva che il momento negativo debba avere il carattere della definitività¹⁴⁸, la recisione del rapporto fra il proprietario e la cosa deve quindi rendere irreversibile l'uscita del bene dal suo patrimonio; riferendola al peculato quest'impostazione è da rigettare, per un triplice ordine di motivi¹⁴⁹. In primo luogo, "appropriarsi" non vuol dire "fare propria una cosa" ma comportarsi "come se fosse propria", e ciò può avvenire anche attraverso atti incompatibili con il titolo del possesso. In secondo luogo, poiché fra i beni giuridici tutelati dalla norma c'è il patrimonio, in quanto strumentale al buon andamento ed imparzialità della p.a.,

¹⁴⁶ PAGLIARO, 1987, 226; SCORDAMAGLIA, 566; PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 54 ss.; ROMANO, 2013, 31 ss.; MAGNINI in PALAZZO, 23; PALAZZO – TARQUINI, 3; PROTO, 332.

¹⁴⁷ In dottrina: FORNASARI in BONDI – DI MARTINO – FORNASARI, 120. In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 13 maggio 2010, n.18160, *Gdir*, 2010, n.28, p. 85; Cass. Pen., sez. VI, 18 gennaio 2001, Genchi, *RP* 2001, 87, dove l'impropriazione consiste nel realizzare una condotta del tutto incompatibile col bene e l'espropriazione consiste nell'estromissione totale del bene dal patrimonio dell'avente diritto, con il conseguente incameramento dello stesso da parte dell'agente.

¹⁴⁸ PAGLIARO, 1987, 226; PALAZZO – TARQUINI, 3; PROTO, 332.

¹⁴⁹ MAGNINI in PALAZZO, 24; PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 88; GUIDI, 2008, 229.

questo può risultare leso anche da condotte di indebito uso per fini privati di beni vincolati a finalità pubblicistiche, finanche se tali beni vengono successivamente deputati all'assolvimento delle loro funzioni. In terzo luogo, l'introduzione del peculato d'uso al comma 2 dell'art 314, mostra chiaramente che il legislatore considera "l'uso" come una forma di appropriazione, pertanto ogni utilizzo indebito "non momentaneo" rientra nello spettro di condotte del peculato comune; a tal proposito parte della dottrina¹⁵⁰ precisa che, pur non rilevando la definitività dell'espropriazione, comunque debba esservi nel soggetto una proiezione cronologica, una qualche durata nel tempo della propria azione psicologicamente calcolata. Alcuni commentatori definiscono l'espropriazione come il momento *negativo – soggettivo*¹⁵¹ dell'appropriazione, nel senso che in questa fase deve emergere la volontà del reo di estromettere il proprietario dal suo legame con il bene; è anche vero che tale *animus* deve manifestarsi esternamente con espressioni che lo rendano riconoscibile all'esterno, con tutte le difficoltà interpretative legate ai casi in cui dal mero contegno esteriore non è possibile capire con certezza se l'agente è determinato ad estromettere definitivamente il proprietario o meno. Contestualizzando il momento negativo nella realizzazione della condotta peculativa, si consideri l'ipotesi del pubblico agente che, possedendo in ragione del proprio ufficio o servizio un determinato bene, inizi a comportarsi con la cosa in modo tale da "tradire" le ragioni del proprio ufficio o servizio, sottraendo la cosa all'originario vincolo di destinazione pubblicistica¹⁵².

¹⁵⁰ ROMANO, 31.

¹⁵¹ PROTO, 333; PAGLIARO, 1987, 226.

¹⁵² MAGNINI in PALAZZO, 23.

Il momento positivo si sostanzia nella “...creazione di un rapporto di fatto con la cosa, al quale, per essere un rapporto di proprietà – o anche per essere uno dei poteri in cui si svolge la proprietà –, manca solo la sanzione giuridica. È indifferente che la impropriazione sia voluta come permanente o come momentanea; né è necessario che siano esercitate tutte le facoltà inerenti al diritto di proprietà, basta l’esercizio di una qualsiasi di esse”¹⁵³. Sulle modalità concrete con cui si realizza questo rapporto c’è diversità di vedute ma l’importante, come rileva autorevole dottrina¹⁵⁴, è che l’impropriazione abbia il carattere dell’assolutezza, per cui la cosa di cui ci si appropria deve essere destinata esclusivamente a finalità proprie dell’autore del fatto o di terzi; al contrario di quanto detto sopra, altri commentatori ritengono che sia nel momento positivo dell’impropriazione (e non nell’espropriazione) che debba emergere il coefficiente soggettivo dell’agente, in modo da atteggiarsi come guida per il “riscontro della condotta tipica nelle diverse forme che l’appropriazione in concreto può assumere”¹⁵⁵. Le posizioni più tradizionali¹⁵⁶ ritengono che l’impropriazione altro non sia che la realizzazione dell’*interversio possessionis*, per cui l’agente smette di possedere *nomine alieno* ed continua a farlo *nomine proprio*; il fondamento di quest’impostazione risiede nei lavori preparatori al Codice, dove si decide di non incriminare l’appropriazione indebita d’uso perché “...nell’appropriazione indebita, trovandosi

¹⁵³ PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 55. Sul fatto che l’impropriazione, poiché orienta il bene per l’appagamento di bisogni propri del soggetto attivo, debba realizzare un profitto, MAGNINI in PALAZZO, 28 ss.

¹⁵⁴ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 253.

¹⁵⁵ ROMANO, 2013, 32; CUPELLI in FIORE, 53.

¹⁵⁶ ANGELOTTI, 244; più di recente, ROMANO, 2013, 31.

già il possesso della cosa legittimamente presso il colpevole, non può punirsi che il solo illegittimo tramutamento di tale possesso in proprietà, ossia l'appropriazione". Questa posizione non è sostenibile, poiché è ovvio che un'illecita appropriazione non possa mai rilevare quale titolo per il conseguimento della proprietà¹⁵⁷; è più corretto quindi affermare che "...l'espressione "si appropria" non può certamente interpretarsi nel senso che l'agente fa propria la cosa, ma deve intendersi nel senso che egli si comporta verso la cosa come se fosse propria"¹⁵⁸. Nell'appropriazione non è che difetta ogni tipo d'inversione, però questa non coinvolge il titolo del possesso ma solo il modo concreto in cui si esercita, poiché cambia radicalmente l'*animus*, pertanto la trasformazione si ha su di un piano meramente fattuale e giammai giuridico¹⁵⁹. La giurisprudenza¹⁶⁰ è più vicina alla formula tradizionale di appropriazione, intesa come comportamento caratterizzato da un elemento oggettivo (l'*interversio possessionis*, il tenere comportamenti *uti dominus*), sorretto dall'elemento psicologico dell'intenzione di convertire del

¹⁵⁷ L'impostazione "civilistica" dell'inversione del possesso si ha in GRISPIGNI, 145, MAGGIORE, 127, in quest'ultimo caso si parla espressamente d'inversione del titolo a possedere.

¹⁵⁸ PISAPIA, 799.

¹⁵⁹ PEDRAZZI, 1958, 842; PAGLIARO, 1987, 226; RICCIO, 1965, 741; REGINA, 2; PISAPIA, 799; PROTO, 332, parla di "...illusoria instaurazione del diritto di proprietà".

¹⁶⁰ Cass. Pen., sez. VI, 10 novembre 1997, Venezia, Gdir, 1997, n.47, 73, secondo cui l'appropriazione si realizza mediante *interversio possessionis*, che consiste in un'usurpazione del diritto di proprietà della pubblica amministrazione o del privato cui la cosa in suo possesso appartenga, dando alla cosa una destinazione incompatibile con quella voluta dalla legge; Cass. Pen., sez. VI, 25 novembre 1994, Capponi, RP 1995, 1186; Cass. Pen., sez. VI, 24 agosto 1993, Ferolla, CP 1995, 285, secondo cui "l'appropriazione, nel delitto dipeculato, si realizza con l'inversione del titolo del possesso da parte del pubblico ufficiale che comincia a comportarsi *uti dominus* nei confronti del bene del quale ha appunto il possesso in ragione del suo ufficio. [...] non può evocarsi la diversa figura di reato prevista al comma 2 dell'art 323 c.p. qualora il denaro o la cosa della pubblica amministrazione siano stati appunto convertiti in proprietà del pubblico ufficiale"; Cass. Pen., sez. I, 25 luglio 1991, Fontecchio, GP 1992, II, c. 219.

possesso in proprietà¹⁶¹, cui deve conseguire un risultato irreversibile, che manifesti in modo univoco l'interversione del possesso.

Individuati gli elementi essenziali dell'appropriazione penalmente rilevante, deve definirsi il rapporto che lega l'espropriazione all'impropriazione; ci si chiede, infatti, se questi due momenti possano essere facilmente riconoscibili, distinguibili e isolabili nell'ambito di un'analisi interpretativa e, laddove questo fosse possibile, se tale operazione abbia una qualche utilità. Preliminarmente, c'è da dire che la bipartizione ha carattere meramente logico – concettuale e non ha alcuna pretesa su quello naturalistico – cronologico¹⁶², dove i due momenti si presentano all'interprete come un *unicum* indivisibile; questa distinzione ha quindi solo la funzione di ausilio all'operatore giuridico che si trova a interpretare una situazione concreta che presenta caratteri controversi in merito alla realizzazione della condotta. Sulla coesistenzialità dei due momenti dell'appropriazione, si è osservato che *“il momento negativo, da solo, non basta a costituire la condotta di appropriazione”*¹⁶³; si pensi al caso del soggetto possessore che si limiti a distruggere o a dispedere l'altrui bene oggetto del possesso, in questo caso non si avrà “appropriazione”, poiché la condotta è sì finalizzata a recidere definitivamente ogni legame fra il proprietario del bene e l'oggetto (realizzandosi espropriazione), tuttavia non si realizzerà

¹⁶¹ Cass. Pen., sez. II, 7 marzo 2005, n.8764, RP 2006, 839, secondo cui *“non concretizza il reato di appropriazione indebita, né eventualmente quello di furto, la violazione dell'obbligo di custodia dei beni da parte dell'obbligato, in assenza della prova di comportamenti dolosamente preordinati a favorirne l'occultamento, l'appropriazione o l'impossessamento da parte di altri soggetti”*.

¹⁶² MAGNINI in PALAZZO, 23.

¹⁶³ PAGLIARO, 1987, 226; PAGLIARO – PARODI GIUSINO; MAGNINI in PALAZZO, 27.

un'appropriazione indebita ma un danneggiamento, difettando il momento impropriativo, poiché quella che rileva è una volontà di annientamento del bene che non può essere ritenuta equivalente ad un atto di disposizione a favore proprio o di terzi in totale disconoscimento della proprietà altrui. Nello stesso senso, non si ha appropriazione se si realizza il solo momento positivo¹⁶⁴; se, ad es., il bene rimane nella disponibilità anche del proprietario, allora la condotta del soggetto attivo non potrà mai dare luogo ad un fatto di peculato o di appropriazione indebita¹⁶⁵; non è appropriazione neanche il suonare dietro compenso un altrui violino prezioso¹⁶⁶.

Non tutta la dottrina accetta la bipartizione della condotta appropriativa¹⁶⁷. In particolare, si ritiene che la previsione di un momento negativo e uno positivo abbiano una ragion d'essere nell'ordinamento tedesco, dove il verbo “*zueignen*” (appropriarsi) è impiegato dal legislatore sia per il furto che per l'appropriazione indebita, con la differenza che nel primo caso è utilizzato per descrivere il dolo specifico (“*chiunque sottrae ad altri una cosa mobile altrui, al fine di appropriarsene indebitamente*”¹⁶⁸); strutturare l'appropriazione in termini di comunanza fra le due fattispecie (distinte dal fatto che il furto prevede lo spossessamento del proprietario) ha la funzione di coprire i vuoti di tutela determinati dalla mancanza di una norma sull'indebita appropriazione di cose smarrite. Questa premessa è necessaria per affermare che nel nostro ordinamento la terminologia utilizzata dal legislatore è ben

¹⁶⁴ PAGLIARO, 1987, 227.

¹⁶⁵ BARTOLI, 1140.

¹⁶⁶ PAGLIARO, 1987, 227.

¹⁶⁷ MILITELLO, 1989, 421 ss.

¹⁶⁸ MILITELLO, 1989, 431.

diversa per i due reati, inoltre è prevista una specifica fattispecie per l'appropriazione di cose smarrite (art 647 c.p. "Appropriazione di cose smarrite, del tesoro e di cose avute per errore o caso fortuito"). Si aggiunge che tale bipartizione non è neanche necessaria per evitare "aberranti conclusioni" in tema di appropriazione d'uso, giacchè la non applicabilità dell'art 646 c.p. in queste ipotesi discende dalla non offensività della condotta, perlomeno nei casi in cui si ravvisa una seria intenzione di restituire il bene e l'uso non abbia intaccato il complesso delle funzioni che il bene può avere per il proprietario. La critica in esame, conclude affermando che *"nel nostro sistema positivo la condotta di appropriazione è dunque sostanzialmente unitaria e non richiede un primo momento di espropriazione del bene al proprietario [...]"* (bensì, n.d.r.) *è sufficientemente espressa affermando la necessità che il soggetto si "impadronisca" della cosa di cui ha, a qualsiasi titolo, il possesso.*"¹⁶⁹

Pur tenendo in considerazione queste osservazioni, la dottrina prevalente (in modo condivisibile) ritiene comunque opportuno far riferimento allo schema concettuale della bipartizione della condotta appropriativa in un momento negativo ed uno positivo, per il concreto ausilio che questa apporta all'attività esegetica dell'interprete, il quale può ricostruire e verificare l'esistenza dei caratteri essenziali della condotta anche nelle situazioni concrete più difficili e controverse.

L'appropriazione penalmente rilevante, poiché l'abbiamo definita "contenitore semantico" (*supra*, §5), si potrà manifestare nelle più svariate forme, tutte *"ricondotte*

¹⁶⁹ MILITELLO, 1989, 433.

ad unità”¹⁷⁰ dal fatto che costituiscono la realizzazione della volontà di appropriarsi di un bene: la condotta potrà realizzarsi con la consumazione, l’alienazione a qualsiasi titolo, la negazione del possesso, la dissipazione, il rifiuto di restituire, l’occultamento etc.¹⁷¹ La giurisprudenza ha dato una lettura estensiva alle varie forme di manifestazione dell’appropriazione, per cui rileva “*la violazione di un contratto ad effetti reali nell’ambito del quale l’effetto traslativo resti condizionato all’espletamento dell’attività per il compimento della quale la res sia stata trasferita, comportando un’indebita utilizzazione di essa uti dominus, ma sine titulo*”¹⁷²; rileva anche l’utilizzazione da parte del Sindaco di una cara di credito dell’ente locale¹⁷³; integra l’appropriazione rilevante ex art 314 c.p. anche “*il semplice volontario ritardo nella consegna, temporalmente apprezzabile, perchè in tal modo si sottrae la cosa alla disponibilità della pubblica amministrazione*”¹⁷⁴. Sull’inserimento del ritardo fra le forme di manifestazione della condotta appropriativa parte

¹⁷⁰ PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 54; ROMANO, 2013, 32; FIANDACA – MUSCO, PTS I, 188.

¹⁷¹ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 261 ss; PETROCELLI, 393 ss.; PAGLIARO – PARODI GIUSINO compie un’analisi critica sulle singole forme di manifestazione per delinearne la portata in relazione alla condotta appropriativa.

¹⁷² Cass. Pen., sez. VI, 22 marzo 2005, Zito, CP 2006, 1650, con nota di DE BELLIS.

¹⁷³ Cass. Pen., sez. VI, 11 ottobre 2011, n.36718, CP 2012, 2107, con nota di DE BELLIS.

¹⁷⁴ Cass. Pen., sez. VI, 18 marzo 1999, Filippucci, Gdir 1999, n°30, 113, dove si condanna la condotta di due agenti della polizia municipale che, avendo riscosso da un automobilista l’importo di una contravvenzione, avevano volutamente omesso di consegnarla nel giorno stesso o il giorno successivo alla constatazione, nei tempi previsti cioè dalla prassi operativa. Sempre in tema di ritardo come manifestazione di condotta appropriativa: Cass. Pen., sez. VI, 18 gennaio 1999, Rutigliano, Gdir 1999, n. 7, 61, dove si configura il delitto di peculato a carico del cancelliere e del messo notificatore addetti a un ufficio di conciliazione, che avevano omesso di versare nelle casse comunali le somme di denaro di cui avevano il possesso per l’esazione di diritti e proventi di cancelleria.

della dottrina ha sollevato alcune perplessità¹⁷⁵; se l'appropriazione consiste nel comportarsi verso la cosa come se fosse propria, allora soltanto la mancata consegna, caratterizzata dalla definitività ed absolutezza, avrà gli elementi necessari per rilevare come vera e propria "appropriazione", non già il mero ritardo nella consegna temporalmente apprezzabile. In conformità alla critica della definitività del momento espropriativo esposta sopra, la tesi non è condivisibile; la mera condotta omissiva, infatti, può rientrare a pieno titolo nella gamma di condotte consistenti espropriazione, proprio perché il carattere della definitività non è elemento caratterizzante l'espropriazione, pur ampliandosi il novero fattispecie concrete per cui si applica l'art 314 c.p.¹⁷⁶; si rileva inoltre che se il ritardo nella consegna è volontario, il lasso temporale che trascorre fra l'instaurazione del legame possessorio e la consegna in ritardo è previsto e voluto dall'agente come dimensione cronologica della propria condotta.

Al termine di questa lunga analisi, ci troviamo davanti ad un'"appropriazione" che nel peculato, rimanendo pur sempre un "contenitore semantico" e caratterizzandosi per avere un "nucleo minimo comune" alla condotta appropriativa rilevante ai fini dell'art 646 c.p, manifesta tutte le peculiarità dovute al contesto normativo in cui è inserita. Preliminarmente (*supra* §5) abbiamo detto che, per il diritto penale, costituisce "appropriazione" la condotta di chi si comporta nei fatti come se fosse un proprietario nei confronti della cosa su cui esercita un potere di fatto o giuridico, secondo la scansione temporale espropriazione – impropriazione. Per il delitto di peculato, possiamo invece

¹⁷⁵ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 263.

¹⁷⁶ In accordo con quest'impostazione si trova MAGNINI in PALAZZO, 25.

specificare l'”appropriazione” nella condotta dell'agente che si comporta nei confronti della cosa in modo incompatibile con il vincolo pubblicistico del proprio ufficio o servizio per cui ne ha il possesso o la disponibilità, esercitando sulla stessa poteri che di fatto corrispondono alla proprietà e che sradicano il vincolo funzionale, qualificando la nuova situazione dell'agente in chiave di assolutezza ed esclusività. Questa condotta potrà in concreto manifestarsi con una vasta gamma di comportamenti, riconducibili alle categorie di *azione* (disposizione, godimento ed impiego abusivo del bene) ed *omissione* (ritardo volontario nella consegna del denaro).

8. La manifestazione della condotta peculativa attraverso l'uso delle carte di credito.

L'avvento delle nuove tecnologie per i pagamenti e le transazioni economiche è senza dubbio una polveriera criminosa pronta a scoppiare, se queste sono sfruttate in modo improprio ed abusivo dagli utenti. Nella pubblica amministrazione, la possibilità di usufruire di mezzi semplificativi per l'utilizzo dei fondi pubblici rappresenta senza dubbio un vantaggio in termini di celerità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa¹⁷⁷; la semplicità dell'approccio con questi strumenti, che consegnano nelle mani funzionario somme anche ingenti di denaro pubblico, può però portare a un utilizzo abusivo degli stessi, per la realizzazione di finalità private, o comunque estranee a

¹⁷⁷ Come rammenta il commento di DE BELLIS, *CP* 2012, 2111, l'assegnazione e l'uso delle carte di credito ai dipendenti pubblici, disciplinata dal d.m. 9 dicembre 1996, n.701, è latrice di un'innegabile portata innovativa nel modo di disporre della *pecunia publica*.

quelle dell'ente. Anche se la giurisprudenza sull'utilizzo abusivo delle carte di credito di servizio non è molta¹⁷⁸, è recente una pronuncia della Suprema Corte, che ha chiarito le condizioni perché si configuri il delitto di peculato.

La sesta sezione penale della Corte di Cassazione, con sentenza del 6 luglio 2011 (dep. 11 ottobre 2011, n. 36718)¹⁷⁹, ha chiarito che *“l'utilizzo da parte del sindaco di una carta di credito dell'ente locale non integra il delitto di peculato, quando la rendicontazione delle spese effettuate dimostri la realizzazione di uno scopo pubblico e non la realizzazione verso uno scopo privato”*¹⁸⁰.

Nel caso in esame, i giudici di merito avevano ritenuto sussistente il delitto di peculato in capo al ricorrente (un sindaco), accusandolo di aver utilizzato abusivamente la carta di credito datagli in uso per fini istituzionali; tale bene era stato concesso al pubblico ufficiale perché l'utilizzasse per le spese di rappresentanza e ogniqualvolta non fosse possibile ricorrere alle ordinarie procedure, residuando in capo al soggetto un ampio margine di discrezionalità nell'utilizzo. Le pronunce di merito poggiano essenzialmente sul fatto che l'esborso non sia stato accompagnato da coeva e puntuale giustificazione, in modo da consentire il necessario controllo funzionale ed amministrativo della destinazione delle risorse verso fini pubblici.

La Suprema Corte ha censurato la linea sostenuta dai giudici di merito; nello specifico, si contesta l'aver collegato l'*interversio possessionis* non all'esistenza di una

¹⁷⁸ Si rammenta una sola pronuncia del giudice di merito: Trib. Roma, 8 aprile 1991, Misiti e al., *Giur. Merito.*, 1992, 667.

¹⁷⁹ Cass. Pen., sez. VI, 11 ottobre 2011, Gambino, *CP* 2012, 2106, con nota di DE BELLIS, *Giur. It.* 2012, 1878, con nota di MORONE, *Foro It.*, II, c.154.

¹⁸⁰ Massima redazionale da *CP*, 2012, 2106.

giustificazione, che escluda l'utilizzo del bene per fini privati, quanto all'intempestività della sua produzione¹⁸¹. Tale impostazione porterebbe a delle conseguenze logicamente inaccettabili: in primo luogo, il confinamento nell'illecito penale di una mera dimenticanza, eventualmente rilevante a titolo disciplinare o contabile; in secondo luogo, la confusione nel definire il momento consumativo del reato, introducendo nella fattispecie penale un elemento estraneo (la giustificazione) previsto dalle norme amministrative in tema di controllo della spesa. In particolare, il peculato è un delitto che si consuma istantaneamente con l'appropriazione del denaro o dell'altra cosa mobile, a nulla rilevando che il funzionario presenti tardivamente (od ometta di presentare) la documentazione giustificativa delle spese, che deve classificarsi piuttosto come *post delictum*, rilevante ai fini della valutazione dell'elemento soggettivo o come prova del reato. Tale impostazione è giustificata anche dal fatto che l'ente pubblico conosce autonomamente del modo in cui è stata utilizzata la carta di credito, per cui la spesa è di per sé valutabile; si osserva, infatti, che al momento dell'utilizzo di tale strumento viene emessa una doppia nota contabile: la prima è rilasciata immediatamente al soggetto che esibisce la carta di credito, la seconda perviene sull'estratto – conto, di cui prende visione in via autonoma ed immediata l'organo di controllo contabile dell'ente. In conformità a queste premesse, sarà l'accusa che dovrà dimostrare l'assenza *ab origine* di giustificazione, senza alcuna

¹⁸¹ La Corte afferma espressamente che “non importa che la giustificazione sia più o meno prossima alla spesa, quanto che essa ci sia e dimostri, in modo trasparente e chiaro, la realizzazione di uno scopo pubblico, e non la canalizzazione del denaro ad un fine personale”; la posizione è espressamente condivisa da MORONE, 1880.

inversione dell'onere probatorio introdotto in modo fittizio, da scaricare su comportamenti che espressione di una negligenza più che di una vera e propria confessione¹⁸².

Fra i commenti alla sentenza in esame, è senz'altro interessante quello che s'interroga sulle modalità in cui si realizza la condotta appropriativa rilevante *ex art 314 c.p.*, analizzandone anche l'oggetto materiale¹⁸³. A tal proposito si osserva la complessità del sistema contrattuale che sta alla base dell'utilizzo di una carta di credito: il coinvolgimento di più soggetti¹⁸⁴ determina, infatti, un intreccio di relazioni contrattuali e trasferimenti di denaro assai complesso, per cui l'utilizzo della carta di credito consente a chi ne fruisce di non pagare i beni o servizi al momento dell'acquisto o dell'uso, poiché tale prezzo è pagato anticipatamente dall'istituto finanziario, che diventa creditore nei confronti del cliente (l'ente pubblico), il quale adempirà al proprio debito in tempo differito. Calando questa dinamica nel contesto dell'art 314 c.p., l'A. rileva immediatamente un'anomalia rispetto allo schema classico di realizzazione del peculato: *quando il pubblico ufficiale utilizza la carta di credito fornitagli dall'ente pubblico più che spendere attualmente denaro pubblico, impegna l'ente pubblico ad adempiere in tempo successivo un'obbligazione pecuniaria (a favore di terzo creditore)*. Pur essendo vero

¹⁸² In tema di spese di rappresentanza, MORONE afferma che tale impostazione è coerente con la linea della giurisprudenza di legittimità (nello specifico, Cass. Pen., sz VI, 14 maggio 2009, P.G., in *C.E.D. Cass.*, 244061), per cui si ritiene sussistente il delitto di peculato quando dell'utilizzo del denaro pubblico accreditato su un capitolo di bilancio intestato a "spese riservate" non si dia una giustificazione certa e puntuale dell'impiego per finalità strettamente corrispondenti alle specifiche attribuzioni e competenze istituzionali del soggetto che ne dispone.

¹⁸³ DE BELLIS, *CP* 2012, 2111 ss.

¹⁸⁴ L'istituto finanziario che emette la carta di credito, la banca dov'è aperto un conto corrente su cui si appoggia la carta di credito, il cliente della banca (ai fini del peculato sarà l'ente pubblico, che a sua volta autorizza il dipendente all'utilizzo della carta).

che il peculato si realizza anche avendo la mera disponibilità giuridica del bene, è da precisare che il possesso di una carta di credito determina la disponibilità giuridica del denaro che si sostanzia in un *plafond*, determinando il seguente assetto:

a) il denaro di cui il pubblico ufficiale dispone è della banca, che si rivale solo in seguito sull'ente pubblico;

b) il pubblico ufficiale non si appropria immediatamente del denaro pubblico, piuttosto acquista o usufruisce abusivamente di beni o servizi.

La riconduzione dell'utilizzo abusivo della carta di credito alla fattispecie di peculato, per l'A., richiede quindi delle precisazioni logiche:

a) possedere una carta di credito equivale a disporre giuridicamente del denaro che costituisce *plafond* della carta stessa

b) compiere un atto giuridico in forza del quale l'ente diverrà debitore di un'obbligazione pecuniaria, equivale a disporre giuridicamente del denaro che la p.a. dovrà poi pagare

c) acquistare beni con denaro pubblico, equivale ad appropriarsi del denaro pubblico.

La posizione in esame è così analiticamente completa e precisa nella spiegazione perché ritiene che l'appropriazione compiuta dal pubblico ufficiale per il tramite della carta di credito abbia ad oggetto il denaro pubblico, non potendosi in alcun modo considerare bene rilevante *ex art 314 c.p.* la carta di credito stessa, perché su di essa si consumerebbe una condotta distrattiva, che dopo la riforma del 1990 non rileva più ai fini del peculato.

Ad avviso di chi scrive, l'impostazione in esame complica non poco la qualificazione come peculato della condotta appropriativa, presupponendo dei passaggi, pur contrattualmente determinati, che difficilmente l'agente si rappresenta quando ha fra le mani la carta di credito d'ufficio. Il soggetto, infatti, poiché è in contatto diretto con un bene, normalmente si rappresenta un rapporto di causa – effetto fra l'utilizzo della carta e la spendita del denaro pubblico che è diretto ed immediato; ciò comporta una ricostruzione della fattispecie che, ai fini sanzionatori, debba adattarsi meglio al contesto materiale in cui si consuma il fatto, pur costituendo una semplificazione rispetto alla complessità delle relazioni contrattuali che coinvolgono l'istituto di credito e l'ente pubblico. A tal fine, è più opportuno qualificare come oggetto materiale della condotta il bene stesso della carta di credito, su cui fattualmente e psicologicamente l'agente consuma l'atto appropriativo; l'affermazione che in tal modo la condotta assumerebbe la forma della distrazione non deve ritenersi di ostacolo per l'inquadramento nell'art 314 c.p., poiché la riforma del 1990, con l'eliminazione del peculato per distrazione, non ha determinato *sic et simpliciter* il trasferimento di tutte le condotte distrattive nell'ambito dell'art 323 c.p.¹⁸⁵

¹⁸⁵ Cass. Pen., sez. VI, 27 novembre 2002, Gennario e al., *D&G* 2003, p.48, con nota di ZAMPAGNI. Per una trattazione approfondita sul punto si rinvia al prosieguo della trattazione (cap. 4, sez. III).

SEZIONE III
IL DESTINO DEL PECULATO PER DISTRAZIONE

9. Introduzione.

Prima della riforma del 1990, il peculato poteva realizzarsi con l'appropriazione o, in alternativa, con la distrazione del bene "*a profitto proprio o altrui*". La scelta del legislatore di eliminare la condotta distrattiva dall'art 314 c.p., per i motivi che abbiamo visto in precedenza (cap. 1, §2.1.1), pur mostrando una forte presa di posizione nei confronti di una magistratura formalistica e rigorosa nel delineare la condotta concretamente rilevante, ha provocato nella dottrina un acceso dibattito rapporto fra nuove fattispecie di peculato e abuso d'ufficio (quest'ultimo sarà poi modificato dalla legge 234/1997). Da un lato ci si chiede, nell'ambito dei rapporti strutturali fra le condotte di appropriazione e distrazione, se con la riforma tutte le ipotesi di distrazione siano confluite nel nuovo art. 323 c.p., oppure se sia ancora possibile per alcuni profili di tale condotta rilevare alla stregua dell'art 314 c.p.; in secondo luogo ci si domanda se l'art 1 della legge 234/1997 consenta di ritenere ancora disciplinati dall'abuso d'ufficio le condotte distrattive. In sostanza, l'interrogativo si pone: qual è la sorte della condotta distrattiva? È scomparsa, assorbita da quel "buco nero" che è l'abuso d'ufficio, oppure sopravvive in una fattispecie di peculato che è uscita ancora più oscura e complicata dalla riforma del 1990? La risposta a queste domande si trova in un'analisi della condotta distrattiva in primo luogo incentrata sul suo significato etimologico e giuridico (*infra*, §9), quindi nel

confronto strutturale fra questa e l'appropriazione (*infra*, §10 e 11), infine sul raffronto delle due “nuove” fattispecie di peculato e abuso d'ufficio (*infra*, §11).

10. Questioni definitorie. La distrazione come concetto di relazione.

Come rilevato dalla dottrina¹⁸⁶, il legislatore penale utilizza assai spesso il concetto di “distrazione” come una delle condotte tipiche di realizzazione dei delitti; possiamo citare, ad es. l'art 255 c.p. (*soppressione, falsificazione o sottrazione di atti o documenti concernenti la sicurezza dello Stato*), l'art 616 c.p. (*violazione, sottrazione e soppressione della corrispondenza*). Poiché tale utilizzo fa riferimento a contesti assai differenti fra di loro, è pressoché impossibile per la dottrina delineare in modo chiaro ed univoco il concetto giuridico – penale di distrazione penalmente rilevante, dovendo quindi prendere atto della sua connaturata indeterminatezza¹⁸⁷ nonché dell'incertezza che logicamente ne consegue. La “distrazione”, pertanto, è un concetto di per sé privo di pregnanza giuridica, non è dotata di quel contenuto tipizzante una specifica condotta aggressiva che rilevi in modo autonomo e determinato, richiedendo di ancorarsi ai termini che definiscono il contesto in cui è inserita¹⁸⁸. Se la strada della definizione giuridica è (per il momento) intralciata, non rimane che analizzare quale significato

¹⁸⁶ GUIDI, 2007, 130; MARINUCCI, 309.

¹⁸⁷ BARTOLO in COPPI, 375, che rileva come la definizione generica di “distrazione” rendesse estremamente difficile distinguere, sul piano oggettivo, la distrazione penalmente rilevante dal mero illecito amministrativo.

¹⁸⁸ MARINUCCI, 309 ss.

assuma la distrazione sul piano lessicale; autorevole dottrina rileva in proposito che “*quanto al significato del vocabolo, tratto comune alle varie condotte di distrazione indubbiamente esiste, nel senso che tutte esprimono deviazione da uno scopo prefissato. È però una nota così generica, che si stempera nella fisionomia di ogni singola fattispecie*”¹⁸⁹. “Distrarre” vuol dire quindi sviare, stornare, distogliere un bene da una finalità prestabilita per destinarlo ad un'altra¹⁹⁰; se s’inserisce questa nozione nella dimensione giuridica, allora non si potrà fare a meno di ritenere che la distrazione sia un concetto di relazione¹⁹¹, poiché la sua sostanza non è individuabile senza la precisazione dei punti di riferimento che ne sono il presupposto: deve individuarsi tanto il fine verso cui la cosa è originariamente destinata (c.d. termine *a quo*, dal quale viene distolta nel compimento del momento negativo della condotta) quanto la nuova finalità cui è abusivamente destinata (c.d. termine *ad quem*, che viene imposto nel momento positivo della condotta). Più nello specifico, per quel che riguarda la formulazione originaria dell’art 314 c.p., il termine *a quo* s’individuava nella “*ragione di ufficio o servizio*”, viceversa il termine *ad quem* nella realizzazione della condotta distrattiva “*a profitto proprio o altrui*”; la funzione di questi due elementi era di guidare l’interprete delimitando le condotte distrattive rilevanti ai fini del peculato.

¹⁸⁹ MARINUCCI, 310.

¹⁹⁰ VINCIGUERRA, 1970, 1043.

¹⁹¹ VINCIGUERRA, 1970, 1043; GALLO, 400; PALAZZO, 1972, 7, specifica il concetto di relazione in modo un po’ più “dinamico”, contestualizzandola nei momenti realizzativi della condotta, ovverosia quello negativo (di deviazione dall’originaria destinazione) e quello positivo (di arbitraria imposizione della nuova destinazione); RAMPIONI, 286.

10.1. Il dibattito dottrinale sull'estensione del termine a quo.

Come abbiamo visto (*supra*, §9) il termine *a quo* della distrazione rilevante *ex art 314 c.p.* è la ragione di ufficio o servizio del pubblico agente, questa però ha un grado di specificazione che non è definibile a priori, necessitando invece di un'analisi svolta caso per caso. La dottrina sul punto si è confrontata chiedendosi: rispetto a quale destinazione prefissata l'alterazione risulta abusiva? “Da che cosa” si deve distrarre per realizzare il peculato per distrazione? La risposta a tale interrogativo è ancora oggi importante, poiché la riforma del 1990 ha generato un'intensa riflessione sui rapporti fra la fattispecie di peculato e quella del riformato abuso d'ufficio.

La prima frangia della dottrina che si espone sulla definizione dei confini del termine *a quo* possiamo identificarla nei sostenitori della “teoria della destinazione specifica”¹⁹². La posizione in esame afferma che il mutamento di destinazione debba essere specifico ed abusivo; per chiarire, il mutamento non deve riguardare in generale la sfera funzionale della pubblica amministrazione, pertanto

¹⁹² In dottrina: MANZINI, 146; RICCIO, 1955, 184. In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 18 maggio 1984, Ruggiero, *CP* 1985, 1373, secondo cui commette peculato il funzionario di un istituto di credito di diritto pubblico il quale usi denaro dell'ente per operazioni rischiose contrarie a norme statutarie o a disposizioni dei superiori; Cass. Pen., sez. VI, 22 ottobre 1971, Zampini, *RP* 1973 53 ss.; Cass. Pen., sez. III, 7 luglio 1961, Visco, *GP* 1962, II, c.418, secondo cui la distrazione consiste nel dare al denaro o alla cosa mobile posseduta una destinazione diversa da quella stabilita dalla pubblica amministrazione cui appartiene, consiste, cioè nella diversione dallo scopo che la pubblica amministrazione intendeva raggiungere con l'uso di quel denaro o di quella cosa, pertanto sussiste la distrazione anche se del denaro o della cosa viene alterata la destinazione specificatamente imposta dalla pubblica amministrazione.

la condotta rilevante si ha anche laddove l'agente, senza mutare la destinazione generica della cosa, alteri comunque la specifica finalità per cui è destinata la cosa. Le implicazioni logiche di questa tesi, molto rigida, "ortodossa" e formalistica, saltano immediatamente all'occhio: la severità che permea dalle parole della dottrina comporta un mutamento dei profili teleologici della fattispecie, giacchè l'art 314 c.p. si configurerebbe alla stregua di una mera clausola sanzionatoria di condotte che avrebbero trovato un miglior inquadramento fra gli illeciti amministrativi, disciplinari, ovvero nelle più generica fattispecie di abuso (all'epoca "innominato") d'ufficio ed interesse privato in atti d'ufficio (art 324 c.p., abrogato dalla riforma del 1990)¹⁹³. Nello specifico, si obietta il totale disconoscimento di ogni riferimento al profitto proprio o di altri, giacchè la rilevanza ai fini del peculato è estesa alla condotta che avvantaggia lo stesso ente di appartenenza del pubblico funzionario, laddove non si abbia mutamento di destinazione generica. Si rileva, inoltre, che la legislazione amministrativa aveva già disciplinato la distrazione verso finalità diverse da quelle specifiche nell'ambito dello Statuto degli impiegati civili dello Stato (d.P.R. 10 gennaio 1957, n.3), prevedendo la grave sanzione della destituzione dal rapporto di lavoro nelle ipotesi di *"illecito uso o distrazione di somme amministrate o tenute in deposito, o per connivente tolleranza di abusi commessi dai dipendenti"*.

Le opinioni di altra parte della dottrina possono essere ricomprese nella c.d. "teoria dei fini istituzionali"¹⁹⁴.

¹⁹³ VINCIGUERRA, 1970, 1048; GUIDI, 2007, 133.

¹⁹⁴ In dottrina: CARINELLI, 543; GALLO, 402; PALAZZO, 1972, 43 ss.; FLICK, 1971, 379; In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 19 giugno 1981, Di Maio, *GP* 1982, II,

Presupponendo che il decentramento sia una caratteristica del sistema amministrativo italiano, si ritiene che il termine *a quo* per la realizzazione di una condotta distrattiva rilevante *ex art 314 c.p.* coinvolga gli interessi esclusivi della pubblica amministrazione cui la cosa appartiene, pertanto non si realizzerà il reato di cui all'art 314 c.p. ogniqualvolta la distrazione avverrà a profitto di quella p.a.; confutando la tesi precedente, non è punibile *ex art 314 c.p.* l'agente che distrae le somme di denaro o le altre cose mobili dalla destinazione specifica stabilita da leggi o regolamenti interni, purchè tale condotta sia conforme alle finalità istituzionali dell'ente. Il reato sarà prospettabile in tutte quelle ipotesi dove si ha la deviazione verso fini totalmente estranei a quelli della p.a., risolvendo così il problema della rilevanza penale della condotta distrattiva della cosa da una finalità pubblica ad un'altra ugualmente pubblica. In conformità a quest'ultima asserzione si precisa che quando si parla di "profitto altrui" rilevante per il peculato distrattivo non ci si riferisce al solo profitto privato, poiché questo renderebbe penalmente lecita la realizzazione di ogni distrazione a finalità pubblica, rendendo la tutela penale troppo arretrata rispetto al disvalore di queste condotte, poiché *"lascerebbe, infatti, fuori della zona di rilevanza penale comportamenti tali da causare il caos amministrativo, e quindi un vero e proprio danno – probabilmente spesso traducibile direttamente in*

c.338, dove si afferma che quando manca la prova che i compiti istituzionali non siano stati assolti, esistendo invece la compatibilità di fatto del loro assolvimento con altra utilizzazione della cosa, va applicata la formula assolutoria piena, dato che il fatto descritto nella fattispecie legale non sussiste; Cass. Pen., sez. VI, 30 aprile 1969, Palladino ed altro, *CPM* 1970, 983, dove si afferma che l'elemento intenzionale di tale forma di peculato consiste nella volontà cosciente, da parte del soggetto attivo, del mutamento di tale destinazione e cioè nel conseguimento di scopi estranei alle finalità dell'ente pubblico cui la cosa appartiene.

termini economici –, nonostante la presenza, in tali fatti, di un vero e proprio sfruttamento e strumentalizzazione dell'ufficio, cui potrebbe seguire un vero e proprio arricchimento del privato"¹⁹⁵. Nel solco di questa teoria si è espressa parte della giurisprudenza, che ha esteso la portata punitiva della distrazione interpretando il concetto di "profitto" penalmente rilevante anche quando ha natura morale o comunque non patrimoniale; ritiene inoltre che la locuzione "altrui" si riferisca non solo ad una persona fisica o giuridica privata, ma anche un ente pubblico o un'amministrazione diversa da quella di appartenenza del bene ¹⁹⁶. L'orientamento presenta alcune problematiche poiché, dal punto di vista interpretativo, ha la conseguenza di negare qualsiasi efficacia delimitante alla teoria dei fini istituzionali; si giunge a perseguire ogni condotta di mutamento di destinazione, anche se questa è nei confronti di altra amministrazione pubblica ed a prescindere dalla presenza o meno di un coefficiente di influenza del privato. Nell'ambito della teoria dei fini istituzionali si afferma anche un filone più garantistico ¹⁹⁷, secondo cui la distrazione rilevante si deve caratterizzare per la presenza di un profitto che deve sempre avere carattere personale contrastante con quello della p.a. L'anima di questa teoria è il convincimento che la tutela penale fornita dal peculato e dalle fattispecie affini sia diretta alla pubblica amministrazione in generale e non al singolo ente da cui dipende il soggetto. Analizzando la teoria alla luce della riforma del 1990 si nota come la sua portata sia

¹⁹⁵ PALAZZO, 1972, 44.

¹⁹⁶ Cass. Pen., sez III, 21 novembre 1959, *GP* 1960, c. 453; Cass. Pen., sez. III, 3 maggio 1965, Liguori, *CP*, 1966, 265; Cass. Pen., sez. III, 5 giugno 1964, Cavallarini, *GP* 1966, II, c.50.

¹⁹⁷ CARINELLI, 543; PALAZZO, 1972, 40 ss.; FLICK, 1971, 379.

notevolmente ridimensionata, poiché da un lato è pacifico che l'indebita diversione verso altra finalità pubblica non rilevi *ex art 314 c.p.* nella nuova formulazione, dall'altro emergono delle difficoltà nell'inserire tali condotte nella dimensione punitiva dell'abuso d'ufficio ¹⁹⁸, poiché l'ingiusto profitto o l'altrui danno sono evento del reato, che deve essere intenzionalmente cagionato dalla violazione di legge, norme, regolamenti oppure dell'obbligo di astensione.

Il terzo (e ultimo) indirizzo dottrinale ¹⁹⁹, che possiamo identificare come “teoria dell'interesse privato”, sostiene che il disvalore tipico della condotta distrattiva risieda unicamente nel profitto, nel tornaconto privato perseguito dall'agente pertanto, ad es., nell'ipotesi in cui si dimostra che i valori affidati furono investiti in vantaggio dell'amministrazione e non già convertiti in un profitto illegittimo del pubblico agente, al massimo si potrà prevedere una responsabilità disciplinare ed al massimo civile, giammai a penale. Le ragioni su cui si fonda questa teoria sono duplici: in primo luogo si rileva che l'art 314 c.p. qualifica il bene oggetto della condotta come appartenente alla pubblica amministrazione; in secondo luogo, obiettivo del legislatore è precisamente contrastare ogni tipo di profitto economico – patrimoniale, che l'agente

¹⁹⁸ Cass. Pen., sez. VI, 15 gennaio 2004, Manello, *RP* 2004, 715, secondo cui per l'abuso d'ufficio si richiede l'intenzionalità dell'evento costituito dall'indebito vantaggio proprio o altrui o dall'altrui danno, escludendo la sussistenza del requisito se l'evento costituisce solo la conseguenza accessoria dell'operato dell'agente, il quale abbia perseguito in via primaria l'interesse pubblico, sempre che sia di preminente rilievo, riconosciuto dall'ordinamento e idoneo ad oscurare il concomitante favoritismo privato, che viene così degradato ad elemento privo di valenza penale; Cass. Pen., sez. VI, 5 agosto 2003, Cangini, *Gdir*, 2003, n. 43, p. 60, secondo cui l'uso dell'avverbio “*intenzionalmente*” per qualificare il dolo ha la funzione di limitare il sindacato del giudice penale.

¹⁹⁹ SCORDAMAGLIA, 1982, 612; RAMPIONI, 288.

percepisce sfruttando i beni appartenenti alla p.a. Come nella precedente, anche questa tesi vede articolarsi al suo interno un'impostazione un po' particolare, che può definirsi "teoria del corrispettivo negativo"²⁰⁰. Si ritiene che nella distrazione ex art 314 c.p. il soggetto che percepisce il profitto, debba essere diverso da quello cui è tolto, altrimenti una tutela penale non avrebbe senso; l'unica condotta distrattiva rilevante ai sensi dell'art 314 c.p. è quindi quella che determina il venir meno di un profitto della pubblica amministrazione e contestualmente il sorgere di un profitto in un soggetto diverso da quest'ultima. Il reato, si aggiunge, è da escludere ogni volta che la cosa distratta sia priva di qualsiasi utilità per la p.a., pur non essendo necessario che questo abbia carattere patrimoniale. In sintesi, il danno alla p.a. è elemento costitutivo del reato *"e, come quest'ultimo danno è da escludere tutte le volte che la sottrazione della cosa alla sua finalità non costituisca uno svantaggio patrimoniale o non patrimoniale alla pubblica amministrazione, così fa difetto il requisito della destinazione "a profitto proprio o di altri" ogni qualvolta la nuova funzione assunta dalla cosa risulti rispondente a un interesse della pubblica amministrazione"*.

²⁰⁰ PAGLIARO, 1967, 14 ss.

10.2. L'estensione del termine *ad quem*.

Come abbiamo detto in precedenza (*supra*, §9), il termine *ad quem* della condotta distrattiva è costituito dal profitto; questo, almeno nelle intenzioni del legislatore²⁰¹, aveva la precisa funzione di evitare sovrapposizioni fra illecito penale e amministrativo quindi, ai fini della distrazione *ex art 314 c.p.*, rileverà soltanto il profitto proprio dell'agente ovvero di un terzo. Abbiamo già visto (*supra*, §9.1) che la giurisprudenza²⁰² interpreta questo elemento in modo estensivo, viceversa la dottrina si è confrontata sull'interpretazione da dare alla locuzione “*a profitto proprio o di altri*” previsto all'art 314 c.p.

La prima posizione ritiene che la locuzione in esame si atteggi quale elemento soggettivo del reato, per cui il peculato per distrazione è un delitto a dolo specifico²⁰³. Questa teoria poggia sulla constatazione che l'offesa al bene giuridico protetto non faccia perno sul danno alla pubblica amministrazione, pertanto il disvalore e la sua punibilità prescindono dal tipo di risultati che si ricollegano alla condotta distrattiva; la principale conseguenza è ritenere sussistente il peculato anche quando la distrazione avviene a vantaggio pubblico ma per profitto personale, sia pure di indole non patrimoniale e per scopi diversi da quelli per cui il denaro stesso sia stato affidato.

²⁰¹ *Relazione del guardasigilli*, V, p. 127, afferma che “...nell'ipotesi della distrazione, la condotta non può costituire reato se non quando avvenga a profitto dello stesso colpevole o di un terzo, subentrando in caso diverso una responsabilità apprezzabile in campo amministrativo o anche politico, ma non in quello penale”.

²⁰² Oltre alla già citata Cass. Pen., sez. III, 5 giugno 1964, Cavallarini, *GP* 1965, II, c. 50; Cass. Pen., sez. VI, 29 aprile 1987, Matera, *RP* 1988, 805; Cass. Pen., sez. VI, 15 novembre 1967, Ippoliti, *Giur. it.* 1968, II, 145.

²⁰³ PALAZZO, 1972, 57; RICCIO, 1955, 190.

Altra parte della dottrina²⁰⁴ ritiene che il profitto sia un "*elemento subiettivo obiettivizzato*"²⁰⁵, un requisito che qualifica e delimita la condotta distrattiva rilevante per il peculato, al fine di evitare perniciose estensioni della responsabilità penale a fatti che contrastano solo con norme di diritto amministrativo o disciplinare. Il legislatore, a differenza di altre norme del codice (es. art 255 c.p.), nell'art 314 c.p. ha manifestato la volontà di punire soltanto quelle condotte distrattive che si risolvano in un profitto economico (o anche solo morale) dell'autore. Tale impostazione è confortata da un dato letterale, poiché il legislatore non ha utilizzato per l'art 314 c.p. (*a profitto proprio o altrui*) una locuzione che inserisce chiaramente il profitto nell'elemento soggettivo del reato, al contrario degli artt. 624 (*al fine di trarne profitto*) e 646 c.p. (*per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto*). La locuzione "a profitto" qualifica la distrazione nel senso che deve avere come riferimento il risultato del profitto, non richiedendo tuttavia che questo sia poi concretamente ottenuto dall'agente (come prevede invece l'art 640 c.p.); nella dinamica fattuale il profitto e la distrazione devono condizionarsi a vicenda e dall'azione deve trasparire chiaramente la volontà di dirigere la condotta verso un profitto, indipendentemente dal fatto che sia stato realizzato. Conseguenza di questa teoria è considerare penalmente irrilevante non solo tutte quelle distrazioni prive di finalità sotto il profilo soggettivo, ma anche le condotte dove il mutamento di destinazione in sé non è tale da comportare un profitto per sé o per altri; in questi casi

²⁰⁴ CARINELLI, 540 ss.; FLICK, 1971, 388; VINCIGUERRA, 1970, 1069.

²⁰⁵ CARINELLI, 542.

emergerà eventualmente una responsabilità amministrativa, oppure penale ma non *ex art 314 c.p.*

Una terza impostazione²⁰⁶ ritiene invece che “*profitto proprio o di altri*” costituisca evento del peculato. La tesi argomenta sulla base del principio d'imparzialità della pubblica amministrazione, codificato all'art 97 Cost., pertanto si ritiene che l'attività di un ente pubblico, in ambito imprenditoriale o no, sia circoscritta da limiti invalicabili, il cui travalicamento genera un “*profitto particolaristico*”²⁰⁷ che si pone come vero e proprio evento conseguente la condotta; si riporta l'esempio del finanziamento di un movimento politico, per cui anche se il fine ultimo fosse quello di assicurare all'ente pubblico e alle sue iniziative l'appoggio di importanti forze politiche, da questa condotta non può che derivare un profitto personale ed ingiusto, in totale spregio delle norme costituzionali.

Analizzando l'argomento alla luce della legge 86/1990, emerge immediatamente come la problematica si sia sdrammatizzata, perchè il nuovo reato di abuso d'ufficio è previsto come reato di evento a dolo intenzionale per cui, tutte quelle condotte che pur avendo uno scopo di profitto tuttavia non si risolvono in un ingiusto danno o in un indebito profitto per l'agente o per i terzi, non rileveranno *ex art 323 c.p.*²⁰⁸

²⁰⁶ PEDRAZZI, 1966, 403.

²⁰⁷ PEDRAZZI, 1966, 403.

²⁰⁸ Cass. Pen., sez. VI, 15 gennaio 2004, Mannello, *RP* 2004, 715, dove si richiede per la configurabilità del reato l'intenzionalità dell'evento costituito dall'indebito vantaggio proprio o altrui o dall'altrui danno, per cui deve escludersi la sussistenza di tale requisito qualora l'evento costituisca soltanto la conseguenza accessoria dell'operato dell'agente, il quale abbia perseguito in via primaria l'obiettivo dell'interesse pubblico, sempre che questo sia di preminente rilievo, riconosciuto dall'ordinamento e idoneo ad scurare il concomitante favoritismo privato, che

11. I rapporti strutturali fra appropriazione e distrazione prima della riforma.

Capire se “appropriazione” e “distrazione” siano concetti legati da un minimo denominatore comune ha offerto molti spunti di riflessione alla dottrina antecedente e successiva alla riforma del 1990, poiché soprattutto in quest’ultimo caso si pone il delicato problema di inquadrare la condotta distrattiva nell’abuso d’ufficio oppure nel peculato; prima di affrontare l’evoluzione storica di questa riflessione è però necessario definire i contorni essenziali del concetto giuridico di distrazione. Pur potendosi manifestare in varie forme, la struttura di questa condotta è frutto dell’intreccio di due “momenti”²⁰⁹: quello negativo (*diversione*), che consiste nel distoglimento del bene dalla finalità giuridica²¹⁰ verso cui è originariamente prefissata, e quello positivo (*conversione*), con cui s’impone alla cosa una nuova destinazione incompatibile con la precedente. Per la realizzazione della condotta devono sussistere entrambi²¹¹, tuttavia non è essenziale il compimento di due atti distinti, potendo benissimo la distrazione integrarsi con un’unica azione²¹².

Dall’analisi sui rapporti strutturali fra appropriazione e distrazione prima della riforma sono emersi due

viene così degradato ad elemento privo di valenza penale; Cass. Pen., sez. VI, 2 agosto 2000, Spitella, *CP* 2001, 2681.

²⁰⁹ PAGLIARO, 1967, 10 SS.; VINCIGUERRA, 1970, 1076; PALAZZO, 1972, 6 SS. In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 10 gennaio 1985, Macri e al., *GP* 1986, III, c.74.

²¹⁰ Sull’essentialità della destinazione come giuridica e non meramente naturale PAGLIARO, 1967, 10 SS.; PANNAIN, 1966, 72.

²¹¹ PANNAIN, 1966, 72.

²¹² VINCIGUERRA, 1970, 1076.

orientamenti, quello unitario e quello autonomistico, al cui interno si sono poi specificati i vari indirizzi dottrinali.

11.1. Le teorie unitarie.

Le teorie unitarie ritengono, in generale, che fra appropriazione e distrazione intercorra un rapporto di specialità²¹³; muovendo da questa premessa comune l'impostazione si biforca in due filoni, secondo il diverso atteggiarsi della relazione *genus – species*.

Una prima impostazione²¹⁴ (seguita dalla dottrina successiva alla riforma in tema di appropriazione nel peculato ed appropriazione indebita, v. *retro*, sez. II, §6.2) ritiene che la distrazione sia *species* dell'appropriazione; l'anima di questa teoria risiede nel considerare il peculato un'appropriazione indebita qualificata, quindi alla prima fattispecie potrà estendersi la riflessione per cui la distrazione è una forma di manifestazione del contegno appropriativo²¹⁵. La teoria in esame si giustifica affermando che elemento cardine della specialità sia la previsione di un profitto, inquadrato come *quid pluris* specializzante la condotta distrattiva che si realizza in un momento successivo all'atto di far propria la cosa²¹⁶. A quest'impostazione possono muoversi delle critiche: in primo luogo²¹⁷ si ritiene errato identificare il distoglimento

²¹³ DE MARSICO, 569; ANGELOTTI, 46; GRISPIGNI, 145.

²¹⁴ ANGELOTTI, 378; PETROCELLI, 398 ss.

²¹⁵ ANGELOTTI, 65 ss., il quale giunge ad una pressochè totale identificazione fra appropriazione e distrazione.

²¹⁶ PETROCELLI, 401 e 412, dove si afferma che “la distrazione è la forma dell'appropriazione nella quale il far propria la cosa si presenta tipicamente come un antecedente del conseguimento del profitto, che si attua in un momento successivo”.

²¹⁷ GUIDI, 2007, 146 ss.

della cosa posseduta (cioè l'inosservanza delle disposizioni sulla sua destinazione) *sic et simpliciter* con l'appropriazione, poiché quest'ultima condotta è comunque connotata da un momento impropriativo che comporta l'instaurarsi di una nuova signoria di fatto sulla cosa; in secondo luogo, non si comprende per quale motivo il profitto debba atteggiarsi come *quid pluris* specializzante della distrazione, poiché anche chi agisce appropriandosi della cosa è orientato a trarne un vantaggio per sé o per altri.

Un altro orientamento ²¹⁸, riconducibile all'impostazione in esame, considera l'appropriazione un momento intermedio fra la diversione e la conversione nella condotta distrattiva, ponendosi come passaggio strumentale per passare dalla prima alla seconda destinazione del bene; per utilizzare le parole della dottrina in esame *“neppure nella distrazione, dunque, manca del tutto l'azione e la volontà di appropriarsi: solo che, mentre nel peculato per appropriazione questa avviene nell'interesse di chi lo commette, in quello per distrazione l'appropriazione è un momento intermedio fra la destinazione originaria del bene economico ad un determinato scopo e quella finale ed indebita ad altro scopo; ovvero un momento strumentale per passare dalla prima alla seconda”* ²¹⁹. Anche quest'impostazione non convince ²²⁰: in primo luogo, è incoerente prevedere che il *genus* cui deve ricondursi la condotta distrattiva trovi la sua collocazione come intermezzo fra i due momenti della distrazione stessa; in secondo luogo non si capisce come mai sia necessario

²¹⁸ DE MARSICO, 568.

²¹⁹ DE MARSICO, 568.

²²⁰ Nello stesso senso GUIDI, 2007, 147.

inserire, in un quadro strutturale della condotta tipica già di per sé complesso, un ulteriore momento in cui si realizza la fattispecie.

Una seconda impostazione²²¹ nell'ambito delle teorie unitarie ritiene che l'appropriazione sia *species* della distrazione. l'A. che sostiene questa tesi esordisce nella sua trattazione contrapponendo, ad un dato letterale che prevede appropriazione e distrazione come forme alternative di realizzazione della condotta, il risultato dell'interpretazione dell'art 314 c.p. per cui *“l'appropriazione è solo una specificazione del distrarre a profitto proprio o altrui”*²²². Ricostruendo le dinamiche della condotta appropriativa attraverso i suoi momenti di esplicazione (espropriazione e impropriazione) si nota che *“il concetto di appropriazione indica, in definitiva, la sottrazione della cosa al fine cui era era destinata secondo le regole del diritto di proprietà, per orientarla verso un fine diverso e incompatibile con quello”*²²³; giacché in dottrina è pacifico che “distrarre” vuol dire rivolgere una cosa ad un fine diverso da quello cui era destinata, è naturale ritenere che l'appropriazione rientri nel concetto di distrazione, *“con la sola particolarità che il fine cui la cosa era destinata (termine a quo, ndr) è costituito dal conseguimento del complesso di utilità ricavabili in astratto grazie alla titolarità del dominio sulla cosa, mentre il fine diverso, cui la cosa è arbitrariamente rivolta (termine ad quem, ndr), deve nel suo contenuto rispondere anch'esso a una delle possibili utilità che sarebbero ricavabili dall'esercizio dei*

²²¹ PAGLIARO, 1967, 5 ss.

²²² PAGLIARO, 1967, 5 ss.

²²³ PAGLIARO, 1967, 6.

poteri inerenti alla proprietà”²²⁴. Una conferma di questa teoria si trova nella fattispecie di malversazione a danno dei privati, che puniva la condotta di chi “*si appropriava o, comunque, distrae*” la cosa; la presenza dell’avverbio “comunque” conferma la tesi che stiamo analizzando. Possiamo definire questa teoria “dei cerchi concentrici”, poiché la condotta appropriativa si manifesta come specifica modalità di attuazione della distrattiva, con la quale si trova in rapporto di specialità unilaterale per specificazione.

11.2. Le teorie autonomistiche.

Agli antipodi rispetto a quelle unitarie, le teorie autonomistiche affermano la reciproca autonomia strutturale dei concetti di appropriazione e distrazione; anche in quest’ambito troviamo vari filoni interpretativi.

In particolare, un primo punto di vista²²⁵ afferma che la differenza fra appropriazione e distrazione si valuti dall’analisi dei momenti in cui si esplica la condotta, per cui se il momento negativo dell’azione (espropriazione e diversione) si atteggia nello stesso modo per le due condotte, la differenza si manifesta chiaramente nel momento positivo (impropriazione e conversione), poiché se l’appropriazione è soggettivamente ed oggettivamente rivolta all’impadronirsi della cosa immettendola nel patrimonio dell’agente, la distrazione è orientata semplicemente ad un uso arbitrario del bene con impiego per fini diversi da quelli cui era destinato; in sostanza

²²⁴ PAGLIARO, 1967, 7.

²²⁵ SEVERINO DI BENEDETTO, 1976, 710 ss.; BARBA, 60 ss.

cambia l'indole dell'attività colpevole, cioè la direzione oggettiva e soggettiva della condotta. A conferma di questa teoria si porta un provvedimento di clemenza, il d.P.R. 22 maggio 1970, n. 283, contenente norme in materia di amnistia ed indulto, prevedendo all'art 5 lett. c) che sia concessa l'amnistia anche *“per il delitto di cui all'art 314 c.p. quando, esclusa l'ipotesi di appropriazione, risulti che la distrazione del denaro o altra cosa mobile sia stata compiuta per finalità non estranee a quelle della P.A.”*, rilevando quindi l'inquadramento della fattispecie in ordine alla possibilità o meno di dichiarare estinto il reato.

La riflessione di cui sopra è condivisa da un secondo orientamento dottrinale²²⁶, che tuttavia muove le sue valutazioni non dagli effetti materiali prodotti dalle due condotte, bensì dai loro connotati sostanziali. Pur riconoscendo che la differenza fra appropriazione e distrazione si coglie nei rispettivi momenti positivi, si ritiene che la *ratio* di tale previsione alternativa consista nel delineare l'illecita appropriazione come scaturente dalla violazione del diritto della pubblica amministrazione sulla cosa ad essa appartenente, per cui questa si atteggia come violazione immediata del titolo per cui si possiede e configura una rottura del rapporto organico con la p.a. nel momento statico del possesso; l'illiceità della distrazione a profitto proprio o altrui, invece, origina dalla violazione delle finalità dell'ente nel momento in cui il rapporto di appartenenza della cosa alla p.a. si concretizza in una destinazione giuridica della cosa, per cui la distrazione è

²²⁶ FLICK, 1989, 314 ss.; CARINELLI, 349.

violazione dello scopo per cui si possiede ed incide sul momento dinamico del possesso²²⁷.

Queste teorie, pur avendo il pregio di tratteggiare le condotte peculative sulla loro particolare natura e sugli effetti materiali che ne derivano, soffre di un eccessivo restringimento dell'appropriazione, che si scontra con il dato normativo successivo alla legge 86/1990²²⁸. L'introduzione della fattispecie di peculato d'uso, infatti, mal si concilia con una nozione di "impropriazione" restrittivamente delineata, perché l'appropriazione può concretarsi anche con forme che si manifestano in modi diversi ma che contengono il medesimo disvalore, come il semplice uso della cosa.

12. I rapporti strutturali fra appropriazione e distrazione dopo le riforme del 1990 e 1997.

La legge 86/1990 ha eliminato dal testo dell'art 314 c.p. ogni riferimento alla distrazione, tuttavia ciò non è bastato frenare il dibattito dottrinale, che ha rinnovato il proprio interesse per il destino di questa condotta, polverizzata fra le fattispecie di abuso d'ufficio, di peculato e dell'irrilevanza penale. Le linee d'indagine per comprendere l'attuale inquadramento della condotta distrattiva si muovono in due direzioni: in primo luogo, ci si chiede se sia possibile estendere al peculato le conclusioni cui era pervenuta la giurisprudenza di

²²⁷ FLICK, 1989, 315; CARINELLI, 549, con altre parole afferma che: *“mentre l'appropriazione della cosa è rottura del rapporto organico con la pubblica amministrazione nel momento statico del possesso, la distrazione lo è nel momento dinamico. La prima è violazione immediata del titolo per cui si possiede, la seconda è violazione dello scopo per cui si possiede”*.

²²⁸ Cfr. GUIDI, 2007, 153.

legittimità in tema di abuso di fido bancario e appropriazione, in secondo luogo si analizzano le sorti della condotta distrattiva fra peculato ed abuso d'ufficio alla luce della riforma con legge 234/1997.

12.1. L'estendibilità al peculato delle riflessioni giurisprudenziali in tema di appropriazione indebita e abuso di fido bancario.

Il corretto inquadramento dell'attività creditizia (raccolta di risparmio fra il pubblico ed erogazione del credito) e dell'abusiva concessione di fido bancario ha impegnato la giurisprudenza di legittimità per molto tempo e ha visto il susseguirsi di radicali cambiamenti di posizione: dalla c.d. "fase della disparità di trattamento" sanzionatorio secondo la natura giuridica dell'ente²²⁹, si è affermata l'impostazione della c.d. "parificazione verso l'alto" o "panpubblicistica"²³⁰, per cui gli operatori bancari ricoprono sempre la qualità di incaricato di pubblico servizio, approdando infine alla c.d. "parificazione verso il basso" o impostazione "panprivatistica"²³¹, secondo cui l'attività creditizia ordinaria riveste sempre carattere privatistico. Dalla sentenza *Tuzet* si pone quindi un interrogativo fondamentale: è possibile ricondurre l'abuso

²²⁹ Cass. Pen., sez. VI, 22 maggio 1980, Caltagirone, *Foro it.* 1981, II, c.109; Cass. Pen., sez. VI, 22 novembre 1978, Dionisi, *CP*, 1980, p. 88; Cass. Pen., sez. VI, 3 giugno 1975, De Santis, *GP*, 1976, II, c.165. Il *fil rouge* di tutte queste sentenze è ritenere che l'attività creditizia, di per sé, abbia natura imprenditoriale, tuttavia assunta i connotati pubblicistici se esercitata da enti di diritto pubblico, sotto il controllo dello Stato e per fini pubblici.

²³⁰ Cass. Pen., SSUU, 19 novembre 1981, Carfi, *CP* 1982, 32, con nota di CALDERONE "Il servizio di credito alla luce della Costituzione".

²³¹ Cass. Pen., SSUU, 23 maggio 1987, Tuzet, *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1988, 633 ss, con nota di CALDERONE "Statuto penale dell'attività bancaria nella sentenza delle Sezioni Unite: problemi ancora aperti"; *CP*, 1988, p. 39 ss, con nota di DEL CORSO, "Lo statuto penale dell'attività bancaria al vaglio delle Sezioni Unite".

di fido bancario, prima sanzionato *ex art* 314 c.p. come peculato per distrazione (c.d. peculato bancario), alla fattispecie di appropriazione indebita? Il nodo gordiano sulla questione è stato reciso dalla giurisprudenza di legittimità, in un primo momento negando la rilevanza del fatto alla stregua dell'art 646 c.p.²³², poi accogliendo tale orientamento²³³; tutto ciò comporta che la distrazione (abuso di fido) costituisca una modalità specifica di appropriazione. Le riflessioni giurisprudenziali in tema di appropriazione indebita sono state sfruttate dalla dottrina²³⁴ dopo la riforma del 1990 per la punibilità della condotta distrattiva alla stregua dell'art 314 c.p. e sono state avanzate una serie di argomentazioni. In primo luogo, si ritiene che l'abrogazione del peculato per distrazione abbia fatto scomparire l'unico elemento per cui "distrarre" fosse qualcosa di diverso dall'"appropriarsi"; la modifica legislativa ha accostato il significato della condotta appropriativa per il peculato all'appropriazione indebita, con la conseguenza che la "distrazione" è una forma di manifestazione della "appropriazione", perché nella deviazione della cosa da una finalità ad un'altra si afferma che il soggetto si comporti, per un momento, come se ne fosse il proprietario. L'interpretazione ampia del concetto di appropriazione nel peculato è giustificata anche

²³² Cass. Pen., SSUU, 23 maggio 1987, Tuzet, dove si conclude che quando la "distrazione", consistente nella concessione abusiva di fido, è commessa da un dipendente che non riveste la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, allora il fatto non realizza l'appropriazione indebita *ex art* 646 c.p. e, in base all'art 2 c.2 c.p., non costituisce più reato.

²³³ Cass. Pen., SSUU, 28 febbraio 1989, Vita ed altri, *CP*, 1990, 2150, con nota di ZANNOTTI "Banche e diritto penale: la terza pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione". L'impostazione è stata confermata anche in Cass. Pen., sez. VI, 21 gennaio 1994, Nardecchia, *CP*, 1996, 75 ed in Cass. Pen., sez. VI, 16 marzo 1992, Griffa, *CP*, 1993, 1676.

²³⁴ PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 50 ss., che cambia radicalmente orientamento rispetto a PAGLIARO, 1967; ANTOLISEI PtS II, 317.

all'introduzione del peculato d'uso, per cui l'utilizzo (che è diverso dall'appropriarsi) della cosa è condotta rilevante, anche se meno grave qualora accompagnata dalle modalità dell'art 314 c.2 c.p.

A questa teoria sono state mosse delle obiezioni, che riguardano innanzitutto l'inquadramento dell'appropriazione nel peculato e nell'appropriazione indebita. Come abbiamo visto (*supra*, § 6.2 e 6.3), per tutta una serie di motivi letterali, sistematici e teleologici, appropriazione indebita e peculato non puniscono la stessa condotta, sebbene sia innegabile che, a livello cellulare, siano "due creature che appartengono alla medesima specie" (*supra*, §7). In secondo luogo²³⁵, leggendo con attenzione le parole della Suprema Corte, non passa inosservato che la ricostruzione della condotta rilevante per l'art 646 c.p. utilizzi elementi che la mascherano sotto il *nomen* di distrazione pur disegnandola inequivocabilmente come appropriazione *stricto sensu*. Nello specifico, la sentenza *Vita* configura l'appropriazione indebita al concorrere di tre criteri: la consapevolezza che le somme non saranno restituite, la collusione con il cliente, il dolo specifico del profitto a terzi; considerando solo il primo di questi tre elementi, non è difficile notare che la consapevolezza di elargire una somma di denaro a fondo perduto costituisca un atto appropriativo *strictu sensu*, perchè si realizza tanto l'espropriazione quanto l'impropriazione.

²³⁵ GUIDI, 2007, 160; BARTOLI, 1144.

12.2. La condotta distrattiva fra peculato e la nuova formulazione dell'abuso d'ufficio.

Analizzando il rapporto fra abuso d'ufficio²³⁶, peculato e condotta distrattiva, dopo la riscrittura dell'art 314 c.p., ne emerge un quadro dottrinale e giurisprudenziale diviso ed eterogeneo. Parte della dottrina²³⁷ e della giurisprudenza²³⁸ ritiene che il peculato per distrazione non sia più disciplinato dall'art 314 c.p. ma, ove sussistano tutti i presupposti, dalla fattispecie di abuso d'ufficio; la sorte di quelle che prima erano condotte peculative sarà, in osservanza dell'art 2 c.4 c.p., l'incriminazione ex art 323 c.p., oppure l'irrilevanza penale. Tale orientamento è giustificato *Relazione*²³⁹ dell'On. Battello, dove chiaramente si dispone che *“l'ipotesi della “distrazione” (a*

²³⁶ Si rinvia al cap. VI, § 7, per l'analisi dell'evoluzione normativa del delitto, nonché del suo rapporto in termini concorsuali con il peculato.

²³⁷ FIANDACA – MUSCO, PtS I, 190; BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 248; LUCIBELLO in D'AVIRRO, 102; SEGRETO – DE LUCA, 107; SEMINARA, CB, 755.

²³⁸ Per tutti: Cass. Pen., sez. VI, 18 gennaio 2001, Genchi, CP 2002, 1040, che ha testualmente affermato che *“l'elemento oggettivo del reato di peculato è [...] costituito esclusivamente dall'appropriazione, la quale si realizza con una condotta del tutto incompatibile con il titolo per cui si possiede, da cui deriva una estromissione totale del bene dal patrimonio dell'avente diritto con il conseguente incameramento dello stesso da parte dell'agente [...]. Esula, invece, la figura del peculato sussistendo quella dell'abuso d'ufficio, quando si sia in presenza di una distrazione a profitto proprio la quale si concretizzi semplicemente in un indebito uso del bene che non comporti la perdita dello stesso e la conseguente lesione patrimoniale a danno dell'avente diritto”*. Sul punto si è espressa anche la Corte Costituzionale, 13 dicembre 1991, n. 448, in GCost 1991, 3713, dichiarando costituzionalmente illegittimo per violazione dell'art 3 Cost. l'art 215 c.p.m.p., limitatamente alle parole *“ovvero lo distrae a profitto proprio”* poiché, stante l'identità con l'art 314 c.p., *“con la l. 26 aprile 1990, n. 86 è stata, peraltro, disposta, con l'art 1, l'abolizione della figura del peculato per distrazione”*; Cass. Pen., sez. VI, 14 febbraio 1991, Briguglio, GP 1991, II, c.415; App. Roma, 13 aprile 1996, Finocchi, RAS 1996, 171; Trib. Lecce, 4 febbraio 1992, Sasso, ND, 1992, 663, dove si riporta che *“allorchè la condotta ascritta al soggetto agente integri appieno gli estremi del delitto di peculato per distrazione secondo la precedente formulazione dell'art 314 c.p., sarà applicabile l'art 323 c.p. nuovo testo avendo realizzato la legge 86/90 un'operazione normativa che determina una vera e propria successione di leggi nel tempo ex art 2, 3° comma c.p. e non un'abolitio criminis”*.

²³⁹ *Relazione On. Battello concernente: “Modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione”*. (n. 2708) in IADECOLA, 117.

profitto proprio o di altri ovvero di un terzo) resta soppressa[...]. Tale ipotesi [...], è trasferita, in quanto rilevante, nel nuovo reato di abuso d'ufficio"; a tal proposito si criticano le posizioni che propongono di far rivivere la distrazione a profitto proprio nell'ambito dell'art 314 c.p., poichè non farebbero altro che *"far rientrare dalla finestra ciò che il legislatore ha cacciato dalla porta"*²⁴⁰ e sarebbero viziate da un *"intollerabile coefficiente di indeterminatezza"*²⁴¹.

Pur avendo questa posizione una sua plausibilità, forte com'è dei dati che emergono dalla legge di riforma, richiede alcuni accorgimenti per evitare che le conseguenze applicative della legge 86/1990 siano troppo rigide ed "assolutiste" rispetto alla sconfinata varietà di comportamenti che possono concretamente realizzarsi ed alle problematiche che l'interpretazione del "nuovo" art 323 c.p. può riservare; non si vuole smentire gli approdi della riforma del 1990, ma soltanto analizzare la situazione in modo critico e senza apriorismi, per elaborare soluzioni interpretative logiche ed efficaci dell'attuale assetto normativo. Non si deve credere che far confluire *sic et simpliciter* la distrazione commessa dal pubblico agente nell'abuso d'ufficio sia la panacea per tutte le distorsioni interpretative della giurisprudenza²⁴², perchè devono considerarsi i problemi ermeneutici che concretamente pone l'applicazione del nuovo art. 323 c.p. Nello specifico, si critica²⁴³ la scelta del legislatore del 1997 di limitare la

²⁴⁰ FIANDACA – MUSCO, PtS I, 190.

²⁴¹ SEMINARA, CB, 755.

²⁴² PALAZZO in PADOVANI, 22, invita a non essere eccessivamente ossequiosi nei confronti della scelta di spostare le condotte distrattive *sic et simpliciter* nell'art. 323 c.p., altrimenti si rischia di *"paralizzare una propria, logica e coerente, capacità espansiva della nozione di appropriazione"*.

²⁴³ DE FRANCESCO, 1637.

repressione dei fatti di abuso d'ufficio ai soli casi di perseguimento di un vantaggio patrimoniale, quando sarebbe stato più ragionevole eliminare ogni riferimento al binomio "patrimoniale – non patrimoniale". Si rileva poi che l'atteggiamento clientelare del pubblico agente può provocare comunque un vantaggio economico per l'*extraneus*²⁴⁴; secondo l'attuale formulazione dell'art. 323 c.p. questo tipo di comportamento dovrebbe essere perseguito per abuso d'ufficio, tuttavia non passa inosservata l'enorme disparità di trattamento sanzionatorio fra chi commette un'appropriazione bagattellare ed è sottoposto alla scure sanzionatoria del peculato e chi invece, facendo ad es. ottenere a terzi consistenti vantaggi economici attraverso la concessione di un appalto, è condannato per abuso d'ufficio ad una pena detentiva da uno a quattro anni. Nel solco di questa disparità di trattamento, per cui la distrazione a profitto privato (dell'agente o altrui) rientra comunque nel "calderone" dell'abuso d'ufficio, si pone una riflessione il cui esito è ritenere che debba "rivivere" la fattispecie di peculato per tutte le condotte distrattive a profitto privato, poiché chi distrae una risorsa pubblica per far conseguire vantaggi privati si comporta *uti dominus*; è chiaro che il contenuto offensivo di questa condotta sia ben diverso da tutte le altre manifestazioni dell'abuso d'ufficio, coincida sostanzialmente con quello della condotta peculativa e richieda un intervento sanzionatorio adeguato e proporzionato al suo disvalore, che è ben lontano da prospettarsi nell'ambito dell'art 323 c.p.²⁴⁵ L'orientamento

²⁴⁴ DE FRANCESCO, 1639.

²⁴⁵ DE FRANCESCO, 1638; PALAZZO in PADOVANI, 24 ss.; ROMANO, 2013, 35 ss.

è stato condiviso dalla giurisprudenza²⁴⁶ che, con la sentenza 40148/02, ha affermato il principio per cui *“la modifica testuale dell’articolo 314 Cp non può comportare puramente e semplicemente la conseguenza della non riconducibilità di ogni condotta distrattiva al campo di rilevanza del delitto di peculato”*; nel tracciare le linee di demarcazione fra il peculato e l’abuso d’ufficio, si è giunti alla conclusione che il delitto di cui all’art 323 c.p. ricorre *“nel caso in cui l’agente, pur violando i canoni di una corretta e trasparente amministrazione, distragga il denaro o i beni per scopi diversi da quelli dovuti, gravitando pur sempre, però, nell’area della destinazione pubblica”*, il delitto di cui all’art 314 c.p. ricorre invece quando l’agente tiene una condotta distrattiva *“imprimendo ai beni una destinazione non più pubblica, bensì privata, integrando così quella strumentalizzazione dei beni pubblici a fini privati, in cui si sostanzia questo delitto”*.

12.3. Riflessioni.

Il legislatore non ha sbagliato nè a riformare l’art 314 c.p., nè a togliere la spada di Damocle dal capo di ogni condotta distrattiva, non possiamo negare però che lo abbia fatto approssimativamente; la mancanza di una corretta individuazione dei termini *a quo* e *ad quem* che segnino il confine fra una distrazione rilevante ai fini del peculato ed un’altra che viene assorbita dall’abuso d’ufficio sarebbe stata auspicabile, poiché avrebbe semplificato non poco il lavoro dell’interprete; non si può, inoltre, negare che le

²⁴⁶ Cass. Pen., sez. VI, 27 novembre 2002, Gennario e al., *G&D*, 2003, 48, con nota di ZAMPAGNI, *“Distrazione, appropriazione e abuso d’ufficio: i sottili distinguo”*.

parole della *Relazione Battello* siano effettivamente fuorvianti e che gli interventi di riforma dell'art 323 c.p. non abbiano avuto gli esiti sperati in termini di certezza del diritto.

Ad avviso di chi scrive, la distrazione non è del tutto scomparsa dal peculato e neppure del tutto assorbita dall'abuso d'ufficio; la concreta rilevanza giuridica di tale condotta, in particolare, dovrà desumersi caso per caso in relazione al diverso termine *a quo* da cui si distoglie il bene. Tale presa di posizione si fonda sull'osservazione, per cui chi devia verso un profitto privato (proprio o altrui) un determinato bene non può rispondere per lo stesso titolo di chi lo indirizza comunque verso la pubblica amministrazione, così come non può essere sottoposto a una sanzione meno grave di chi compie un'appropriazione che, pur costituendo peculato, tuttavia è di entità bagattellare.

Appropriazione e distrazione sono collegate da un rapporto di specialità unilaterale per specificazione (v. *retro*, §10.1); in particolare, possiamo affermare che la seconda condotta descriva logicamente e strutturalmente una classe di accadimenti più ampia della prima, configurandosi come *genus*. La distrazione, ponendosi su un piano generale di deviazione del bene da un fine verso un altro, è quindi capace di specificarsi in forme di manifestazione diverse, presentandosi ora come appropriazione (per la realizzazione di finalità private), ora come mera deviazione del bene verso un'altra finalità pubblica extra – istituzionale (eventualmente rilevante a titolo di abuso d'ufficio).

Osservando la questione dal punto di vista dell'appropriazione rilevante *ex art 314 c.p.*, che si

sostanza nel compimento di una certa attività da cui emerga un *animus domini* incompatibile con la finalità di ufficio o servizio che qualifica il rapporto possessorio dell'agente (*retro*, sez. II, §7), è evidente che la specifica manifestazione della condotta distrattiva come deviazione del bene verso una finalità privata (propria o altrui) sia espressione di quel comportamento *uti dominus* richiesto dalla medesima norma. Allo stesso modo, è chiaro che la deviazione della cosa verso una differente finalità pubblicistica non racchiuda nella sua intima essenza un comportamento dell'agente assimilabile a quello del proprietario, perché comunque il vincolo di destinazione pubblicistica continua ad esplicare una funzione limitativa nell'ambito delle condotte dispositive prospettabili; in tal caso, l'esercizio abusivo della propria funzione, potrà eventualmente rilevare ai fini dell'art 323 c.p.

CAPITOLO V

L'ANTIGIURIDICITA' OGGETTIVA E LA COLPEVOLEZZA

SEZIONE I

LE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE DELL'APPROPRIAZIONE.

1. L'esercizio di un diritto (art 51 c.p.).

La scriminante dell'esercizio di un diritto, disciplinata dall'art 51, comma 1 c.p., ha ricevuto un'applicazione oscillante dalla giurisprudenza sul peculato. In un primo momento si è ritenuto che tale causa di giustificazione fosse invocabile dall'agente¹, titolare di un credito opposto in compensazione, purchè rispondente alle caratteristiche tratteggiate dal codice civile; la stessa giurisprudenza ha comunque puntualizzato che non sempre l'autoliquidazione di un credito è scriminante², perchè se

¹ Cass. Pen., sez. VI, 15 novembre 1967, Ippolito ed al., *GP* 1968, II, 762, secondo cui "può escludere l'appropriazione e quindi il peculato solo un credito che sia opponibile in compensazione (art. 1241 e segg. c.c.) e cioè un credito certo, liquido, esigibile e inerente a rapporti di dare e avere tra il soggetto e la pubblica amministrazione cui appartiene l'agente"; Cass. Pen., sez. III, 15 ottobre 1963, Marino, secondo cui "non commette peculato il p.u. che, essendo creditore della P.A. di una somma di denaro rispetto alla quale può operarsi una compensazione, prelevi a suo vantaggio somma di uguale importo"; Cass. Pen., sez. III, 25 maggio 1962, Gridelli, *GP* 1963, II, c. 321.

² Cass. Pen., sez. VI, 13 maggio 1998, Ferri, *CP* 1999, 1460, secondo cui il commissario liquidatore chiamato a rispondere, nella sua qualità di p.u., del reato di peculato, per essersi appropriato di somme di denaro provenienti dall'attivo della procedura di liquidazione coatta amministrativa, non può validamente invocare a proprio favore la causa di giustificazione dell'esercizio di un diritto,

questo dipende da una precisa disposizione normativa (in particolare l'art 213 del r.d. 267/1942) ed è ricollegato ad una volontà esterna all'agente (nel caso di specie la discrezionalità del giudice) che esclude la sussistenza di un suo diritto soggettivo vero e proprio, allora l'eventuale autoliquidazione del soggetto attivo *bypassando* questi "filtri" non rende lecita la condotta appropriativa. Nelle posizioni più recenti la giurisprudenza ha rivisto radicalmente la propria posizione³, ritenendo insussistente l'autotutela per la realizzazione dei propri diritti; degna di nota è la decisione delle Sezioni Unite⁴ che, pur pronunciandosi incidentalmente sulla questione, affermano che *"salvi ovviamente i casi espressamente eccettuati dalle legge – in tema di peculato si esclude il riconoscimento dell'autotutela per la realizzazione dei propri diritti, in quanto l'eventuale mancanza di danno patrimoniale conseguente all'appropriazione non esclude la sussistenza del delitto, atteso che rimane pur sempre lesa dalla condotta dell'agente l'altro interesse, diverso da quello patrimoniale, protetto dalla norma, cioè quello del buon andamento, legalità e imparzialità della pubblica amministrazione. In definitiva, a nulla rileva che l'agente, trattenendo le somme incassate per conto dell'ente, abbia preteso di esercitare un proprio supposto credito,*

sull'assunto di essersi solo autoliquidato degli acconti sul compenso finale a lui dovuto ai sensi dell'art 213 del r.d. 267/1942, non avendo egli un diritto soggettivo alla percezione di tali acconti, i quali possono essergli soltanto discrezionalmente accordati dal tribunale, in applicazione analogica dell'art 39 del r.d. 267/1942.

³ Cass. Pen., sez. VI, 31 gennaio 2005, n.2963, *DeJure*, dove si è ritenuto irrilevante il fatto che il sindaco di un comune, al quale era stata addebitata l'appropriazione di somme anticipate dall'amministrazione a titolo di missione, avesse personalmente anticipato spese alle quali l'ente pubblico non era stato in grado di far fronte per mancanza di liquidità.

⁴ Cass. Pen., SSUU, 6 ottobre 2009, Caruso, *CP*, 2010, 90 ss.

trattandosi di comportamento non tollerabile a fronte del suddetto interesse della pubblica amministrazione”.

La dottrina si attesta su due posizioni diverse. Il primo punto di vista afferma che l'esercizio di un diritto sia idoneo ad escludere l'antigiuridicità del fatto tipico⁵; il ragionamento si fonda sul rapporto di specialità, per cui se la norma da cui deriva il diritto dell'agente (nello specifico, l'art 1241 c.c.) è speciale rispetto a quella da cui si origina la destinazione pubblicistica della norma (o alla norma incriminatrice del peculato, art 314 c.p.), e se la condotta si svolge entro i limiti di tale norma speciale, allora non si avrà peculato, perché ciò significa che si afferma un interesse considerato più meritevole di tutela dall'ordinamento. Così nell'ipotesi di compensazione, se il credito dell'agente è certo, liquido ed esigibile, allora non ci sarà alcun motivo per negare l'esercizio del diritto. Dal secondo punto di vista si nega rilevanza all'esercizio di un diritto quale causa di giustificazione della condotta appropriativa rilevante *ex art 314 c.p.*; nello specifico, prima della riforma⁶ si riteneva tale condotta una distrazione della destinazione specifica delle somme di denaro di pertinenza della pubblica amministrazione che l'agente compie per sé stesso, integrando così il delitto di peculato (*sub specie*, ovviamente, di distrazione). La dottrina successiva alla riforma⁷ ritiene che la compensazione non valga ad escludere l'illegittimità della

⁵ PAGLIARO – PARODI GIUSINO, PtS I, 64 ss.; CATENACCI in PALAZZO – PALIERO, 47; SCORDAMAGLIA, 647; specificando i requisiti per cui rileva questa scriminante, RICCIO, 1955, 187; MANZINI, 150 distingue i casi in cui l'agente vanti un credito nei confronti della p.a. o di un privato e, nel primo caso, diversifica i casi in cui l'agente debba rispondere esclusivamente di *quantità* o di *specie*, rilevando per permettere un ragguaglio esatto fra il dovuto ed il tolto.

⁶ LEVI, 201 ss.; MAGGIORE, 134, si limita a dire che in nessun caso l'illegittimità della condotta è esclusa da ragioni di compensazione.

⁷ LUCIBELLO in D'AVIRRO, 113.

condotta perché, a prescindere dal concreto danno patrimoniale arrecato alla pubblica amministrazione, si ritiene che il distoglimento di risorse pubbliche per il soddisfacimento di un interesse prettamente privato determini degli squilibri nell'ordine previsto della spesa pubblica.

È condivisibile la posizione di chi esclude la rilevanza della compensazione in base all'art 51 c.p. e, salvo diverse disposizioni di legge, non si ritiene che l'esistenza di un qualsiasi diritto sia in grado di scalfire il vincolo finalistico del bene a scopi pubblicistici, che rappresenta la colonna portante sulla quale poggia tutta la struttura del peculato. La giurisprudenza ha stabilito che la compensazione non opera a prescindere dalla realizzazione di un danno patrimoniale; a parere di chi scrive l'utilizzo abusivo della compensazione lede sempre il patrimonio della p.a., poiché, da una parte, il denaro è un bene che di per sé ha un valore e, dall'altra, la condotta dell'agente si risolve in un'indebita influenza nella gestione delle situazioni giuridiche soggettive della pubblica amministrazione. La compensazione sarà prospettabile come scriminante dell'art 314 c.p., coerentemente con quanto affermato in tema di valore del bene (*supra* cap. 4, sez. 1, §4.2), se la condotta peculativa si consuma su una somma di denaro modestissima, salva l'eventuale responsabilità disciplinare o civile.

2. L'adempimento di un dovere (art 51 c.p.).

La concreta attuazione dell'adempimento di un dovere non pone particolari problemi interpretativi: è scriminata la

condotta appropriativa del pubblico agente il cui comportamento sia imposto da una norma giuridica⁸ ovvero da un ordine legittimo dell'autorità. Se l'ordine è illegittimo, allora la scriminante avrà effetto se all'agente non era consentito *ex lege* di sindacare la legittimità dell'ordine, altrimenti si applicherà l'art 17 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n.3⁹; in nessun caso è scriminato il soggetto attivo che abbia eseguito l'ordine quando l'atto richiestogli sia penalmente rilevante.

3. Il consenso dell'avente diritto (art 50 c.p.)

La concreta valutazione dell'impatto del consenso dell'avente diritto sull'appropriazione del pubblico agente dipende dalla titolarità del bene¹⁰. Se le cose appartengono al privato, allora si ritiene che questo possa prestare validamente il consenso a che l'agente se ne appropri, purché sulla cosa non insistano poteri maggiori di cui è titolare la pubblica amministrazione. Se le cose appartengono alla p.a., allora ogni consenso sull'appropriazione della cosa sarà irrilevante ai fini della causa di giustificazione, perché in questi casi l'avente

⁸ Sulla considerazione della consuetudine come norma giuridica avente forza scriminante: LEVI, 201; MAGGIORE, 134. MANZINI, 148 ss. ritiene, nello specifico, che la consuetudine escluda l'illegittimità obiettiva del fatto, non perché abbia il potere di modificare la norma penale che reprime il reato, bensì perché elimina l'elemento strutturale del reato stesso, ovvero sia l'antigiuridicità della condotta peculativa.

⁹ Secondo cui *"l'impiegato, al quale, dal proprio superiore, venga impartito un ordine che egli ritenga palesemente illegittimo, deve farne rimostranza allo stesso superiore, dichiarandone le ragioni, Se l'ordine è rinnovato per iscritto, l'impiegato ha il dovere di darvi esecuzione"*.

¹⁰ PAGLIARO – PARODI GIUSINO, PtS I, 66; LUCIBELLO in D'AVIRRO, 114, che mostra qualche perplessità anche nel caso in cui del bene sia proprietario il privato, laddove vi sia un qualche potere esercitabile sulla cosa dalla p.a. Prima della riforma, distinguendo opportunamente la fattispecie di peculato da quella di malversazione a danno dei privati, SCORDAMAGLIA, 647; LEVI, 200 ss.

diritto è la p.a. e nessuno può validamente consentire un'indebita distrazione di una cosa da una finalità pubblica ad una privata¹¹.

È condivisibile la tesi che giustifica l'appropriazione in presenza di un valido consenso del privato titolare del bene, escludendola nei casi in cui la proprietà sia la pubblica amministrazione. Nella prima ipotesi, infatti, la manifestazione del consenso escluderà la sussistenza di un danno patrimoniale, evitando quindi che la condotta rilevante (perché sussiste un distoglimento dal vincolo pubblicistico) esprima appieno il disvalore richiesto dall'art 314 c.p., potendo nel caso residuare una responsabilità disciplinare o civile. La teoria appena esaminata è oggetto di critica da parte della dottrina¹²; in particolare si rileva che, data la natura pubblicistica e non patrimoniale dell'interesse tutelato, in coerenza con l'impostazione in termini monoffensivi del peculato (v. cap. II, §3.1), si ritiene che neppure il consenso del privato a disporre della propria cosa possa assumere rilievo scriminante, data la funzione pubblica che il bene riveste; l'A. porta ad esempio il caso del pubblico ufficiale che adorni la propria abitazione privata con i quadri di cui dispone in quanto pignorati, solo perché glielo ha permesso il loro proprietario, osservando che sarebbe davvero insolito escludere la riconducibilità di tale fatto nell'ambito peculato.

¹¹ Prima della riforma, MANZINI, 148 apre addirittura ad un consenso dato dalla pubblica amministrazione all'appropriazione del pubblico ufficiale, entro i limiti del diritto obiettivo; RICCIO, 1955, 186, nell'ambito del peculato *pre* riforma e criticando MANZINI, ritiene che non sia mai possibile un consenso dell'avente diritto, poiché questo dovrebbe venire dal titolare dell'interesse protetto dalla norma, che è la p.a.

¹² FORNASARI in DI MARTINO – BONDI – FORNASARI, 130.

SEZIONE II

LA COLPEVOLEZZA.

4. I profili del dolo.

La condotta peculativa è punibile soltanto se commessa con dolo; come rileva la giurisprudenza “*gli eventuali ammanchi dovuti a negligenza del p.u. o ad altra causa colposa non configurano reato, ma possono soltanto dare luogo a responsabilità disciplinari, contabili o civili*”¹³. In base ai criteri elaborati dalla dogmatica, possiamo classificare l’elemento soggettivo rilevante per l’art 314 c.p. innanzitutto come dolo generico¹⁴, non essendo richiesto un dolo specifico¹⁵; sarà quindi necessario

¹³ Cass. Pen., sez. VI, 17 dicembre 1966, Steno ed al., *GP* 1968, II, c.435. Sul punto si è espressa anche la *Relazione ministeriale al Codice*, dove si ritiene che “*la incriminazione della colpa in tale materia riuscirebbe dannosa, più che utile poiché il timore di andar soggetto a penale responsabilità potrebbe rendere il pubblico funzionario eccessivamente cauto, perplesso e desideroso di controlli burocratici*”. In dottrina BENUSSI, 1973, 603; MAGGIORE, 136; SEGRETO – DE LUCA, 119.

¹⁴ Cass. Pen., sez. VI, 22 novembre 1996, Pravisani, *RP* 1997, 190. In dottrina CAGLI, 343; FIANDACA – MUSCO, *PtS* I, 194; SEMINARA, CB, 757; GAMBARDELLA IN LATTANZI – LUPO, 27; MANZINI, 157; PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 90; PALAZZO – TARQUINI, 4; MAGNINI IN PALAZZO, 36; ROMANO, 2006, 37; VINCIGUERRA, 2008, 342.

¹⁵ Il dolo *generico*, che consiste nella coscienza e volontà di realizzare gli elementi costitutivi di un reato, è criterio per l’imputazione del fatto tipico, rileva ai fini della colpevolezza e caratterizza i contenuti a livello psichico dell’atteggiamento dell’autore. Il dolo *specifico*, invece, è un elemento soggettivo del fatto tipico, che consiste in uno scopo o in una finalità particolare e ulteriore verso cui deve tendere la volontà del soggetto, ma che non è necessario si realizzi effettivamente perché il reato si configuri, poiché è lo scopo specifico (dato psicologico) che assume ruolo costitutivo del fatto tipico, non già il riscontro effettivo (dato obiettivo) del suo ottenimento. Le finalità che il legislatore si prefigge con la previsione di un dolo specifico nel fatto tipico sono tre: a) anticipazione dell’intervento penale rispetto a quello ipotizzabile in assenza di tale elemento, per cui un determinato fatto, ad es. la cospirazione politica mediante associazione (art 305 c.p.) risulti punibile prima ancora di aver dato luogo all’effettiva realizzazione del delitto in questione, anticipando l’intervento repressivo rispetto a quanto dovrebbe normalmente essere

e sufficiente che l'agente abbia la coscienza e volontà di "far propria" la cosa altrui, con la consapevolezza che ne ha il possesso o la disponibilità per ragione del suo ufficio o servizio e che su di essa insiste un diritto altrui ma, soprattutto, il vincolo di destinazione a finalità pubblicistiche¹⁶. Il dolo non deve neanche atteggiarsi come intenzionale o diretto, bastando il dolo eventuale¹⁷.

Sulla presenza di un dolo specifico nel peculato di distrazione si è confrontata la dottrina antecedente alla riforma¹⁸: un primo orientamento (prevalente in dottrina e giurisprudenza) riteneva che l'elemento soggettivo della condotta distrattiva fosse il dolo specifico¹⁹, poiché il

richiesto ai fini della punibilità; b) predisposizione di limiti rigorosi alla rilevanza penale di determinate condotte, ponendosi come elemento fondante una tutela autonoma, nel senso che senza di esso il fatto non potrebbe essere penalmente rilevante; si pensi, ad es., all'art 416 c.p., *associazione per delinquere*, senza lo scopo di commettere più delitti, infatti, il mero fatto di associarsi costituisce di per sé l'espressione di un diritto costituzionale; c) trattamento penale differenziato e "specializzato" rispetto a quello proprio di altre fattispecie prive del richiamo ad un siffatto connotato soggettivo, poiché il dolo specifico determina un mutamento del significato offensivo della fattispecie; si porta l'es. degli artt 630 (sequestro di persona a scopo di estorsione) 289 – *bis* (sequestro di persona a scopo di terrorismo o eversione) e 605 c.p. (sequestro di persona). Come riferimento, DE FRANCESCO, *I Fondamenti*, 412 ss.; PADOVANI, 2012, 109 ss.; FIANDACA – MUSCO, PtG, 367 ss.

¹⁶ SEGRETO – DE LUCA puntualizza che il danno patrimoniale non rientra nell'oggetto del dolo, costituendo questo solo un effetto del reato.

¹⁷ Il dolo è *intenzionale*, quando il soggetto ha di mira proprio la realizzazione della condotta criminosa ovvero la causazione dell'evento, che sono quindi l'obiettivo finalistico che dà causa alla condotta, lo scopo in vista del quale il soggetto agisce. Il dolo è *diretto* quando l'agente si rappresenta con certezza gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice, e si rende conto che la sua condotta sicuramente la integrerà; la realizzazione del reato non è l'obiettivo che dà causa alla sua condotta, ma è solo uno strumento necessario per conseguire lo scopo perseguito. Il dolo è *eventuale* quando il soggetto agisca senza il fine di commettere il reato, rappresentandosi come possibile (o probabile, dipende dalle teorie che si accettano) il verificarsi dell'evento ed accettandone il rischio; in questo senso si ritiene che il soggetto, decidendo di agire a costo di provocare l'evento, finisce col consentire all'evento stesso; come riferimento, FIANDACA – MUSCO, PtG, 367 ss.. Sulla costruzione del dolo eventuale in giurisprudenza: Cass. Pen., sez. II, 24 novembre 1994, Arienti, CP 1996, 92.

¹⁸ Per approfondire, BENUSSI, 1973, 603; CAGLI, 343; PALAZZO – TARQUINI, 4.

¹⁹ Cass. Pen., sez. VI, 27 ottobre 1971, Zampini e al., CP 1973, 95. In dottrina GRISPIGNI, 149; LEVI, 204; MAGGIORE, 135, MANZINI, secondo cui il dolo specifico è proprio della sola condotta distrattiva, richiedendo che avvenga a profitto (patrimoniale o non patrimoniale), proprio o d'altri; RICCIO, 190.

legislatore richiedeva espressamente che l'agente si avvallesse della condotta distrattiva come mezzo per il raggiungimento di uno scopo di profitto, il cui concreto realizzarsi era indifferente per il configurarsi del reato; la restante dottrina e giurisprudenza invece riteneva che il dolo fosse generico e che il profitto costituisse un semplice elemento del fatto²⁰. Ancora oggi c'è chi ritiene che, nel delineare il fatto tipico del peculato, debba prevedersi "*per necessità di cose*" il fine specifico di ricavare un profitto per sé o per gli altri²¹; l'impostazione non è condivisibile, poiché l'esigenza di mantenere il dolo specifico non emerge in alcun modo dalla norma, inoltre si determinerebbe la conseguenza inaccettabile di considerare non sussistente il fatto tipico in tutti quei casi dove tale scopo specifico difetti.

Il dolo deve essere provato²². È da rigettare ogni opinione secondo cui l'elemento soggettivo dell'art 314 c.p. possa desumersi da mere congetture e presunzioni, determinando *de facto* un'inversione dell'onere probatorio²³. Alla luce di quanto affermato è quindi non

²⁰ Sul fatto che non sia richiesto il fine di trarre profitto dalla condotta, prima e dopo la riforma: Cass. Pen., sez. VI, 7 aprile 1999, Abate, *Gdir* 1999, 7, 117; Cass. Pen., sez. VI, 3 ottobre 1996, Ascotributi, *SJ* 1997, 415; Cass. Pen., sez. VI, 17 giugno 1982, Truglio, *CP* 1984, 555. In dottrina BENUSSI, 603; GALLO, 403; PANNAIN, 80 per il quale il profitto è una mera direzione oggettiva e soggettiva impressa alla condotta verso un profitto proprio o di altri; SCORDAMAGLIA, 610; VINCIGUERRA, 1970, 1072.

²¹ ANTOLISEI, PtS II, 319.

²² GAMBARDELLA IN LATTANZI – LUPO, 27; PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 90; SCORDAMAGLIA, 632; SEGRETO – DE LUCA, 121.

²³ Trib. Milano, g.i.p., 12 luglio 2002, *Fambr* 2003, 4, dove si è affermato che "*nel reato previsto dall'art 314 c.p. la prova del dolo, in aderenza all'insegnamento della giurisprudenza di legittimità, non può ritenersi sussistente se fondata esclusivamente su mere presunzioni o astratte congetture, piuttosto che su concreti dati fattuali. In particolare il dolo non può essere presunto semplicemente dalla mera inattività dello stesso imputato, ossia dalla prova che egli abbia tenuto un comportamento divergente da quello ideale impostogli normativamente. Altrimenti, lungi dal ricostruire sulla base di dati di fatto sintomatici la realtà psicologica che ha informato il comportamento del prevenuto, l'indagine*

condivisibile l'opinione di parte della dottrina, invero assai risalente e obsoleta, secondo cui il dolo *in re ipsa* sia prospettabile, “*salva naturalmente la prova dell'involontarietà, della buona fede, della semplice negligenza, o di altra causa che possa escludere il dolo stesso*”²⁴.

Rientrano nell'oggetto del dolo tutti gli elementi del fatto: la qualità soggettiva di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, il possesso del bene per la ragione del proprio ufficio o servizio, l'appropriazione del bene; quasi tutti questi elementi sono normativi²⁵. Di tali elementi è richiesta la conoscenza del profano e non un grado di perizia che solo un esperto può avere²⁶. La presenza di un così elevato numero di elementi normativi rende piuttosto delicata²⁷, per quanto sia un'operazione logico – ermeneutica apparentemente semplice, la questione della portata applicativa dell'art 47, ult. comma c.p. nel peculato, come vedremo nel prossimo paragrafo.

sconfinerebbe dal campo del dolo in quello della colpa, la cui sussistenza presuppone proprio il mero accertamento di una condotta antidoverosa”.

²⁴ MANZINI, 157.

²⁵ Per FIANDACA – MUSCO PtG, 82 ss., sono elementi *descrittivi* del fatto quegli elementi che traggono il loro significato direttamente dalla realtà dell'esperienza sensibile (es. uomo, cosa etc.); sono elementi *normativi* quegli elementi la cui determinazione necessita di un'integrazione mediante rinvio ad una norma diversa da quella incriminatrice, possono essere *giuridici* o *extragiuridici*.

²⁶ PAGLIARO – PARODI GIUSINO, ritiene che per fondare la responsabilità dell'agente è sufficiente quella conoscenza grossolana ed empirica, che normalmente ha il profano del mondo del diritto, senza che sia necessaria una conoscenza tecnica della legge extrapenale; l'opinione è condivisa da SEGRETO – DE LUCA, 122.

²⁷ CAGLI, 344; GAMBARDELLA IN LATTANZI – LUPO, 28.

5. La rilevanza dell'errore.

La colpevolezza è esclusa se l'agente incorre in un errore di fatto o d'interpretazione della norma amministrativa per cui non si rende conto che è concretamente presente un elemento del fatto²⁸; secondo quanto disposto dall'art 47 c.p.²⁹, pur provenendo da fonti diverse, l'errore è comunque idoneo ad escludere la punibilità.

Per quel che riguarda l'errore di fatto, poiché si richiede la coscienza e volontà di detenere, per la ragione del proprio ufficio o servizio, il denaro o l'altra cosa mobile altrui, nonché la coscienza e volontà di disporre come propri³⁰, difetterà il dolo di peculato se, per un "inganno" della propria percezione sensoriale, l'agente non si accorge di appropriarsi di una cosa altrui di cui ha la disponibilità per ragione del suo ufficio o servizio, scambiandola per propria; è il caso dell'agente che, nell'uscire dall'ufficio, riponga nella cartella il computer portatile di proprietà della p.a., scambiandolo con il portatile di sua proprietà, poiché hanno le identiche caratteristiche esteriori³¹.

²⁸ Per es., potremo avere casi di errori dovuti all'ignoranza o al fraintendimento di norme amministrative, che impediscono all'agente di rendersi conto della propria qualifica soggettiva di agente pubblico e determinino errore di fatto, escludendo il dolo.

²⁹ Art 47 c.p. "Errore di fatto": "**C.1** L'errore sul fatto che costituisce il reato esclude la punibilità dell'agente. Nondimeno, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo. **C.2** L'errore sul fatto che costituisce un determinato reato non esclude la punibilità per un reato diverso. **C.3** L'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce il reato".

³⁰ Cass. Pen., sez. VI, 18 gennaio 2001, Genchi, *CP* 2002, 1040. In dottrina FIANDACA – MUSCO, *PtS* I, 194; SEMINARA, *CB*, 757; SEGRETO – DE LUCA, 122.

³¹ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 316.

Riguardo l'errore d'interpretazione della norma amministrativa (sulla qualifica soggettiva, sulla ragione di ufficio o servizio, sui limiti dei poteri discretivi)³², laddove questa abbia cagionato un errore di fatto nell'agente, potrà escludere il dolo (art 47 c.3 c.p.)³³. Per quanto questa conclusione conduca a una semplice applicazione delle norme di parte generale, la giurisprudenza ha tuttavia intrapreso una via incomprensibilmente estensiva sulla sussistenza dell'elemento soggettivo, ritenendo che l'errore su legge extrapenale sia irrilevante per l'esclusione del dolo, poiché questa norma ha una funzione "integratrice" del significato della legge penale³⁴; le pronunce più recenti hanno affermato addirittura che l'ignoranza sui limiti dei poteri del pubblico ufficiale non si risolve in un errore di fatto su legge extrapenale, costituendo errore o ignoranza dell'esistenza dello stesso precetto penale, la quale non vale ad escludere l'elemento soggettivo del reato, trovando applicazione l'art 5 c.p., per cui "*ignorantia legis non*

³² Di cui non è necessaria la conoscenza dell'esperto, essendo sufficiente quella del profano, PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 92.

³³ Per un'analisi dettagliata dei vari elementi che costituiscono oggetto del dolo e su cui si forma l'errore, MAGNINI IN PALAZZO, 37 ss.

³⁴ Cass. Pen., sez. VI, 3 novembre 2003, *Foro it.* 2004, II, c. 620, secondo cui "*in tema di peculato, l'errore sulle norme di contabilità degli enti locali non costituisce errore su legge extrapenale escludente il dolo (art. 47, 3° comma, c.p.), in quanto si traduce in un errore inescusabile su norma integratrice della legge penale*"; Cass. Pen., sez. VI, 5 giugno 2003, Buzzaca, *Foro it.* 2004, II, c. 18; Cass. Pen., Sez. VI, 2 novembre 1996, Pravisani, *RP* 1997, 190, per cui è legge diversa da quella penale soltanto quella destinata in origine a regolare rapporti giuridici di carattere non penale e non richiamata implicitamente (o esplicitamente incorporata) in una norma penale; Cass. Pen., sez. VI, 30 giugno 1994, Diene, *GI*, 1995, II, 558; Cass. Pen., sez. VI, 10 novembre 1987, Matera, *CP* 1988, 2081; Cass. Pen., sez. VI, 26 marzo 1981, Zuccato, *CP* 1982, 1541; Cass. Pen., sez. VI, 1 febbraio 1980, Michelazzi, *CP* 1981, 785; Cass. Pen., 11 dicembre 1970, Funaro, *CP* 1972, 862. In dottrina, PULEIO, secondo cui la norma amministrativa che delinea la qualifica soggettiva si intende richiamata dalla norma penale, della quale regola il contenuto.

excusat”³⁵; in particolare, si afferma che ogni indagine sulle qualità professionali, livello culturale, competenza etc. dell’agente è irrilevante, poiché, *ex art 5 c.p.*, l’ignoranza della legge penale non può essere invocata a proprie scuse dal reo.

Quest’orientamento è errato e chiaramente *contra legem*; una siffatta interpretazione ha come conseguenza, infatti, l’implicita abrogazione dell’art 47 c.3 c.p.³⁶ Premesso che l’errore *ex art 5 c.p.* è strutturato diversamente da quello dell’art 47 c.3 c.p.³⁷, a sostegno della nostra tesi possiamo comunque portare la fondamentale pronuncia della Corte Costituzionale³⁸ avente

³⁵ In tema di peculato, Cass. Pen., sez. VI, 22 novembre 2006, D’Alterio, *RP* 2008, 513, dove si ritiene che abbia commesso peculato per distrazione l’appaltatore del servizio comunale di raccolta e trasporto a discarica dei rifiuti solidi urbani, il quale, in ragione di una sua erronea interpretazione del capitolato d’appalto, utilizzava gli automezzi del Comune di cui aveva la disponibilità per ragioni del suo servizio, anche per la raccolta differenziata in altro Comune diverso da quello appaltante.

³⁶ CAGLI, 344.

³⁷ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 318, afferma che l’errore di cui all’art 5 c.p. consiste in una personale ricostruzione della norma penale, mentre quello *ex art 47 c.3 c.p.* ricorre quando l’agente, male interpretando una norma extrapenale, non si rende conto che sta per realizzare un fatto concreto delittuoso.

³⁸ Corte Cost., 24 marzo 1988, n.364, *CP* 1988, 1133, dove si afferma che “*L’art 5 c.p., nella parte in cui non esclude dalla inescusabilità dell’ignoranza della legge penale l’ignoranza inevitabile, è costituzionalmente illegittimo per contrasto con il comma 1° dell’art 27 Cost. interpretato in relazione al comma 3° dello stesso articolo e con l’intero sistema in materia penale della Costituzione, quale si desume in particolare dagli artt 2, 3, commi 2° e 3°, 73 comma 3° e 25 comma 2° Cost.*”. La sentenza in esame, condividendo quanto rilevato dal commento di GUARDATA (*CP* 1988, 1152), demolisce uno dei pilastri portanti del sistema penale ideato da Alfredo Rocco, cioè il principio dell’inescusabilità dell’ignoranza sulla legge penale; lo strumento ben si adattava alla dimensione autoritaria che l’ordinamento penale aveva assunto nel periodo fascista e che, nella giurisprudenza prevalente, aveva conservato la propria rigida assolutezza anche con l’avvento della Costituzione (sebbene con qualche spiraglio di mitigazione, dato dalla “buona fede”, nell’ambito delle contravvenzioni); in particolare, affermare che *ignorantia legis non excusat* aveva l’importante funzione di garantire una ferma e spedita (anche se rende meglio l’idea definirla “sbrigativa”, come affermato da autorevole PADOVANI, 2012, 242) applicazione della giustizia, libera da ogni ostacolo, in un’ottica di general – prevenzione esclusivamente negativa. Nel delineare il concetto di “inevitabilità” dell’errore, la Corte ha individuato due tipi di criteri: a) *criteri oggettivi puri*, che si riferiscono all’impossibilità di una corretta conoscenza della legge per assoluta oscurità del testo o per caotica discontinuità dell’atteggiamento interpretativo ed attengono all’inosservanza da parte

ad oggetto proprio l'art 5 c.p., dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non esclude dalla inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza c.d. "inevitabile"; nello specifico, l'inevitabilità (*rectius*, l'ignoranza della legge penale dovuta ad impossibilità di prenderne conoscenza) potrà essere provocata da circolari, ordini di servizio, confuse norme amministrative, legislative o regolamentari, decisioni conformi della giurisprudenza amministrativa etc³⁹. In queste situazioni, applicandosi il parametro di giudizio c.d. *oggettivo – misto*, la rilevanza dell'errore scusabile sul divieto è collegata al processo di formazione dell'atto deliberativo da cui ha tratto origine la condotta incriminata. Nello specifico, qualora si dimostri che una particolare circostanza di fatto abbia determinato l'impossibilità per l'agente di formarsi un ragionevole convincimento circa l'illiceità del proprio comportamento, se è anche provato che le "*fonti di informazione*", come quelle sopra elencate, di cui il soggetto era in grado di disporre erano sufficienti a giustificare un ragionevole convincimento sulla liceità del comportamento, allora l'errore sarà scusabile. La valutazione di tale comportamento dovrà fondarsi sul rapporto fra le conoscenze e competenze del soggetto attivo ed il parametro del c.d. *homo ejusdem professionis et conditionis*, in modo da impedire che egli possa addurre a propria scusa un *deficit* conoscitivo, tale da risultare esso stesso colpevole ed inescusabile; in particolare, sarà

dell'obbligo dello Stato d'*informare*; b) *criteri misti* che riguardano particolari situazioni in cui si è formata la deliberazione criminosa, tali per cui qualunque soggetto, in linea di massima sarebbe caduto nello stesso errore.

³⁹ In questo caso, il dubbio sull'indirizzo che l'agente dovrà seguire, poichè non riesce a rappresentarsi in modo definito l'antigiuridicità del fatto, sarà determinato da fattori esterni (nello specifico da disposizioni delle autorità competenti).

prospettabile la scusante se qualunque altro soggetto, con le medesime cognizioni ed esperienze nello specifico ambito professionale dell'agente, sulla base di quegli stessi atti autoritativi, non avesse potuto evitare d'incorrere nell'errore in cui è caduto quest'ultimo⁴⁰. Per concludere, interpretando in questo modo l'art 5 c.p., pur volendo accogliere l'orientamento della "norma extrapenale integratrice", si dovrà comunque escludere la colpevolezza laddove l'imputato dimostri l'inevitabilità del proprio errore sul divieto.

Al delitto di peculato si applica l'art 48 c.p. (errore determinato dall'altrui inganno), pertanto *"la responsabilità dell'autore mediato ex art 48 c.p. si configura anche in relazione ai reati cosiddetti propri in cui la qualifica del soggetto attivo è presupposto o elemento costitutivo della fattispecie"*⁴¹.

⁴⁰ Per un'esauritiva trattazione dell'errore inevitabile sul divieto, si rinvia a DE FRANCESCO, *I Fondamenti*, 489 ss.

⁴¹ Cass. Pen., sez. VI, 30 aprile 1996, Menia Bagatin, *CP* 1997, 1715, dove si ritiene che risponda di peculato anche l'estraneo che, traendo in inganno il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, si appropri per tramite di questi di una cosa dagli stessi posseduta per ragioni del loro ufficio. Prima della riforma, Cass. Pen., sez VI, 3 marzo 1984, Forino, *CP* 1985, 890; Cass. Pen., sez VI, 18 gennaio 1972, Bianco, *CP* 1972, 876; Cass. Pen., sez VI, 21 luglio 1970, Chiarantaretto, *GP* 1971, II, 171; Cass. Pen., sez VI, 27 agosto 1969, Dainotto, *CP* 1970, 1179. In dottrina mostra perplessità sul punto LUCIBELLO in D'AVIRRO, 113.

CAPITOLO VI

FORME DI MANIFESTAZIONE, TRATTAMENTO SANZIONATORIO E RAPPORTI CON ALTRE FIGURE DI REATO

SEZIONE I

LE FORME DI MANIFESTAZIONE DEL REATO

1. Consumazione e tentativo.

Il peculato è un delitto istantaneo che si consuma nel tempo e nel luogo in cui si realizza la dolosa appropriazione del denaro o della cosa¹, intesa come compimento degli atti che esprimono in maniera univoca la volontà di comportarsi come proprietario nei confronti del denaro o dell'altra cosa mobile altrui. Per la configurabilità del delitto di peculato, è sufficiente che il possesso o la disponibilità del bene si verifichino per la ragione di ufficio, non rilevando che l'effettiva appropriazione si sia consumata in un momento in cui l'agente non svolge più la sua funzione². La consumazione renderà irrilevante ogni proposito dell'agente di restituire la cosa, nonché l'effettiva

¹ FIANDACA – MUSCO, PtS I, 195; LEVI, 206; MANZINI, 121; SEMINARA, *CB*, 758; SCORDAMAGLIA, 648; RIVERDITI, 1321; FORNASARI in BONDI – DI MARTINO – FORNASARI, 132; SEGRETO – DE LUCA, 116. In giurisprudenza, fra le pronunce più recenti: Cass. Pen., sez. VI, 9 novembre 2010, *D&G* 2010, 536; Cass. Pen., sez. VI, 19 marzo 2009, Lombardino, *CP* 2010, 632; Cass. Pen., sez. VI, *DeJure*; Cass. Pen., sez. VI, 31 marzo 2003, Tramarin, *CP* 2004, 1276.

² Cass. Pen., sez. VI, 18 marzo 1999, Lapetina, *CP* 2000, 77.

restituzione della stessa ³ (che avrà, eventualmente, rilevanza sul piano circostanziale, *infra*, §2); come vedremo (cap. 7), questo profilo riguarda solo il peculato comune e non il peculato d'uso.

Ai fini della consumazione, sarà altresì irrilevante la concreta produzione di un danno alla pubblica amministrazione o al privato ⁴ (la cui valutazione potrà avere conseguenze sul piano circostanziale, *infra*, §2), nonché il conseguimento di un ingiusto profitto da parte dell'agente⁵.

Particolari problematiche solleva la consumazione del reato in relazione al c.d. “vuoto di cassa” (o peculato di quantità); con tale formula ci si riferisce alla condotta del soggetto che si appropria del denaro o di altre cose fungibili prima della scadenza del rendiconto, riuscendo a colmare l'ammanto entro tale termine. La dottrina, a seconda della diversa qualificazione di questa condotta, individua due diversi momenti consumativi del delitto, decisivi per comprendere se l'agente debba rispondere di peculato: se si è propensi per l'immediata configurabilità

³ In dottrina: MANZINI, 159; PANNAIN, 79; si pone su un piano parzialmente diverso, molto più riflessivo nei confronti della realtà regolamentare in cui si pone l'agente, VINCIGUERRA, 2008, 339; SEGRETO – DE LUCA, 117. In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 11 marzo 2013, n. 11245, *RP* 2014, 110; Cass. Pen., sez. VI, 31 luglio 2009, *DeJure*; Cass. Pen., sez. VI, 14 luglio 1989, Collorafi, *CP* 1990, 770.

⁴ ANTOLISEI, PtS II, 318; RIVERDITI, 1321; MANZINI, 164; RICCIO, 188; LEVI, 207 ss., l'A. tuttavia precisa che quando non solo manca il danno effettivo, ma è anche escluso ogni pericolo di danno, allora difetta ogni offesa dell'interesse penalmente protetto.

⁵ In dottrina: SEMINARA, *CB*, 758. In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 10 giugno 1999, Russo, *RP* 2000, 90, dove si afferma che commette reato di peculato consumato il dipendente di un Comune che si appropria di un “buono economato”, trattandosi di bene appartenente alla p.a. di cui l'agente aveva il possesso per ragioni di servizio, a nulla rilevando, ai fini della consumazione del reato, il fatto che l'agente non abbia concretamente conseguito il fine divisato, e cioè l'ottenimento della merca corrispondente all'importo del buono.

del reato⁶, allora la consumazione si avrà con la mera destinazione del bene a finalità private, risultando totalmente irrilevanti il proposito dell'agente di restituire le somme, l'immediata restituzione delle stesse, nonché la non avvenuta scadenza del rendiconto, poiché sussiste l'obbligo del pubblico ufficiale di rispondere in ogni momento di quelle somme; altra parte della dottrina⁷ afferma, invece,

⁶ In dottrina: RIVERDITI, 1322; LEVI, 187 ss., dove si afferma che né il rendiconto né la verifica a data fissa valgono a spostare la consumazione del reato, poiché tali operazioni rispondono solo a meri criteri d'opportunità amministrativa, che hanno un valore meramente interno ordinativo per la pubblica amministrazione. L'A. riprende il concetto in 207; PAGLIARO – PARODI GIUSINO, l'A. afferma che sia del tutto arbitrario ed estraneo al nostro diritto positivo attendere la scadenza della messa in mora o negare il peculato, quando l'agente aveva prestato una cauzione superiore al distratto. In giurisprudenza, l'orientamento è generalmente rigoroso a riguardo: Cass. Pen., sez. VI, 22 novembre 2013, n. 46754, *RP* 2014, 33, dove si afferma che commette il reato di peculato ordinario e non quello, meno grave, di peculato d'uso il rivenditore autorizzato di valori bollati (che sono da considerarsi incaricati di pubblico servizio) il quale ometta il versamento delle somme riscosse all'agenzia delle entrate, provvedendovi soltanto dopo essere stato sottoposto a procedimento di messa in mora; Cass. pen., sez. VI 31 luglio 2009, *DeJure*; Cass. Pen., SSUU, 6 ottobre 2009, Caruso, *CP* 2010, 90; Cass. Pen., sez. VI, 13 dicembre 2006, Lorusso, *Gdir* 2007, n.5, p. 54; Cass. Pen., sez. VI, 31 marzo 2003, Tramarin, *CP* 2004, 1276, dove si afferma che, qualora il p.u. abbia l'obbligo di versare il denaro nelle casse della p.a. una volta ricevuto da terzi per la ragione del suo ufficio o servizio, la mancata previsione di un termine di scadenza, se autorizza a tollerare un eventuale ritardo nell'adempimento dell'obbligo, non può tuttavia giustificare qualsiasi ritardo, ed in particolare anche quello che si protragga oltre quel ragionevole limite di tempo che sia imposto dalla maggiore o minore complessità delle operazioni di versamento da compiere, ovvero dalla necessità, per il pubblico ufficiale, di attendere anche a doveri d'ufficio di diversa natura; Cass. Pen., sez. VI, 14 luglio 1989, Collorafi, *CP* 1990, 770, si afferma una posizione leggermente temperata, poiché si afferma che se il pubblico funzionario preleva il denaro o la cosa mobile e contestualmente la sostituisce con denaro nello stesso valore nominale o con cose aventi la medesima attitudine funzionale, viene a mancare l'elemento materiale del reato, perché il predetto funzionario nulla converte nel proprio patrimonio e nessun interesse della p.a. è stato intaccato, salvo che la condotta integri gli estremi di un diverso reato.

⁷ ANTOLISEI, *PtS* II, 318, afferma che, pur realizzandosi la consumazione del reato dopo la messa in mora o la scadenza del termine prescritto per il versamento da parte del pubblico funzionario, il non perfezionamento del delitto di peculato non escluderà la possibilità di prospettare il meno grave delitto di peculato d'uso; MANZINI, 153, che individua la consumazione del peculato in relazione a cose fungibili nella verifica dell'ammacco, cioè con l'omissione del versamento alla scadenza; PANNAIN, 79; VINCIGUERRA, 2008, 339, l'A. afferma che il delitto di peculato si consuma non appena scaduto il termine per la consegna, ricostruito (se non previsto esplicitamente) per via d'interpretazione secondo principi di ragionevolezza adeguati alle specificità del caso e valutando se in pendenza del termine sussista il divieto di disporre delle somme custodite; RICCIO, 189.

che il delitto non si realizzerà qualora l'agente ricopra l'ammanco prima della messa in mora o della scadenza del rendiconto⁸.

Il tentativo, è generalmente ammesso dalla dottrina⁹ e dalla giurisprudenza¹⁰, poiché si riconosce la frazionabilità della condotta in più atti (si porta ad es. il caso del Sindaco che, per commettere il delitto, emetta più mandati di pagamento, poi non pagati dal tesoriere). Riguardo al vuoto di cassa, il tentativo è controverso solo per la motivazione¹¹: per qualcuno¹² è ammissibile, perché ritiene che la condotta possa essere realizzata solo con un comportamento commissivo; altri¹³, individuando la condotta nell'omesso versamento delle somme entro la scadenza, ritengono applicabili i principi del tentativo nei delitti omissivi¹⁴.

⁸ In giurisprudenza, il *trend* è di ritenere (rigoristicamente) che il momento consumativo del peculato si realizzi con la semplice appropriazione, pertanto si allinea con il primo orientamento dottrinale esaminato. In dottrina FIANDACA – MUSCO, PtS I, 195, afferma che, di per sé, il riferimento alla scadenza del rendiconto non può avere valenza decisiva, poiché tutto risiede nel verificare se, nel caso concreto, vi è stata una vera e propria condotta di appropriazione, escludendosi il delitto di cui al comma 1 dell'art 314 c.p. qualora il pubblico ufficiale utilizzi momentaneamente le somme con la certezza di restituirle in brevissimo tempo, sebbene la validità di questo assunto si scontri, secondo gli Aa., con il dato letterale del peculato d'uso.

⁹ CUPELLI in FIORE, 57; FIANDACA – MUSCO, PtS I, 195; FORNASARI in BONDI – DI MARTINO – FORNASARI, 132; LEVI, 207; MANZINI, 155, che riporta la frequenza dei “tranelli” tesi al funzionario sospetto, per accertarsi della sua fedeltà per cui, ad es., l'amministratore delle poste può far imbucare lettere contenenti valori veri o simulati per controllare l'onestà di un determinato impiegato; PANNAIN, 82; RICCIO, 189; ROMANO, 2013, 36; SCORDAMAGLIA, 648.

¹⁰ Cass. Pen., sez. VI, 8 luglio 1980, D'Anselmo, CP 1981, 2004.

¹¹ *Contra*, Cass. Pen., sez. BI, 29 ottobre 1969, Pontoni, RP 1971, 678, secondo cui, poiché il peculato è un delitto istantaneo, nel caso del vuoto di cassa non sussiste tentativo ma reato consumato anche se l'agente restituisce il denaro prima della scadenza del termine di rendiconto.

¹² LEVI, 206; PANNAIN, 81.

¹³ MANZINI, 151; RICCIO, 189.

¹⁴ Per approfondimenti sul tentativo nei delitti omissivi: PADOVANI, 2012, 282; NOTARO in DE FRANCESCO, 2011, 121 ss.

2. Le circostanze.

Al delitto di peculato è applicabile la circostanza aggravante comune di cui all'art 61, n.7 c.p.¹⁵:

“Aggravano il reato quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali le circostanze seguenti:

[...]

7) l'avere, nei delitti contro il patrimonio o che comunque offendono il patrimonio, ovvero nei delitti determinati da motivi di lucro, cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di rilevante gravità. [...]”

e la circostanza attenuante prevista all'art 62, n.4 c.p.¹⁶:

¹⁵ Per l'applicabilità al peculato di entrambe le circostanze ex art 61, n.7 c.p. 62, n.4 c.p.: FORNASARI in BONDI – DI MARTINO – FORNASARI, 132; LEVI, 209; l'autore, a pag 223, afferma che siano sempre incompatibili con il peculato le aggravanti di cui ai numeri 1, 3, 4, 6, 9, 10, 11 dell'art 61 c.p., nonché le attenuanti dei numeri 2, 3, 5 dell'art 62 c.p. MANZINI, 164 ss.; ROMANO, 2013, 46; SEMINARA, CB, 758, SCORDAMAGLIA, 649, l'A. afferma che il peculato sia un delitto che non solo offende il patrimonio, ma è anche determinato a motivi di lucro, per cui non sarebbe mai applicabile la circostanza attenuante di cui all'art 62, n.1 c.p., per cui la condotta del pubblico agente non può mai costituire motivo di particolare valore morale e sociale, neanche quando gli si possa attribuire rilevanza sul piano umano, perché non si ritiene sufficiente che il motivo dell'azione si presti genericamente a finalità positive. L'attenuante di cui all'art 62, n.1 c.p. si configurerà solo quando il detto motivo corrisponda a finalità e principi approvati dalla coscienza collettiva per la particolare intensità del loro contenuto morale e sociale, e si distingua da semplici stimoli che – sia pure in circostanze e momenti difficili della vita di ogni soggetto – possono determinare le azioni delittuose.

¹⁶ SCORDAMAGLIA, 649, afferma che tale circostanza sia applicabile poiché il danno patrimoniale è assunto come elemento costitutivo della fattispecie di peculato. Giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 19 dicembre 1984, Patti, CP 1986, 720, in relazione all'applicabilità dell'art 62, n.4 c.p. al delitto di malversazione a danno dei privati. In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 17 marzo 1982, Truglio, dove si afferma che l'applicabilità della circostanza in esame al peculato commesso mediante appropriazioni realizzatesi in tempi diversi, dovrà valutare la tenuità del danno in relazione a tutti gli episodi di appropriazione e non soltanto a taluni di essi; Cass. Pen., sez. VI, 4 aprile 1979, Boccono, CP 1980, 1007. *Contra*, isolatamente, Cass. Pen., sez. VI, 1 luglio 1980, Mastrangelo, CP 1981, 1229, dove si afferma che la circostanza di cui all'art 62, n.4 c.p. non può applicarsi al delitto di peculato perché questo non offende solamente il patrimonio privato, ma offende principalmente la pubblica amministrazione, intaccando la fiducia che in essa debbono porre tutti i cittadini.

“Attenuano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze attenuanti speciali, le circostanze seguenti:

[...]

4) l'avere, nei delitti contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio, cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di speciale tenuità ovvero, nei delitti determinati da motivi di lucro, l'avere agito per conseguire o l'avere comunque conseguito un lucro di speciale tenuità, quando anche l'evento dannoso e pericoloso sia di speciale tenuità. [...]”

Il peculato è qui considerato fra i *“delitti che ocmunque offendono il patrimonio”*, categoria in cui confluiscono tutti quei reati plurioffensivi la cui oggettività giuridica, oltre all’interesse caratterizzante la fattispecie, ha un elemento di natura patrimoniale almeno in una delle sue possibili manifestazioni¹⁷. Il *“danno patrimoniale”* è da intendersi solo in riferimento a quello riconducibile al contenuto offensivo del reato e non ogni danno risarcibile, come previsto dall’art 185 c.p.¹⁸ Autorevole dottrina¹⁹ rileva che sulla valutazione del danno incideranno le dimensioni economiche (normalmente ingenti) del patrimonio della pubblica amministrazione: cosicché, per l’applicazione della circostanza aggravante, opererà essenzialmente il criterio oggettivo del valore della cosa, per l’attenuante le condizioni economiche dell’offeso consentiranno una più ampia valutazione della circostanza.

Al delitto di peculato si ritiene pacificamente applicabile anche la circostanza attenuante comune

¹⁷ LEVI, 209; SEMINARA, *CB*, 758; SCORDAMAGLIA, 649; ROMANO, 2013, 46; CUPELLI in FIORE, 57; PALAZZO – TARQUINI, 7; MAGNINI in PALAZZO, 41.

¹⁸ PALAZZO – TARQUINI, 7; LEVI, 209; MAGNINI in PALAZZO, 41.

¹⁹ PALAZZO – TARQUINI, 7.

disciplinata al numero 6 dell'art 62 c.p., nella prima ipotesi²⁰:

“6) l'avere, prima del giudizio, riparato interamente il danno, mediante il risarcimento di esso, e, quando sia possibile, mediante le restituzioni; o l'essersi, prima del giudizio e fuori del caso previsto nell'ultimo capoverso dell'articolo 56, adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato.”

Riguardo la seconda parte della norma (che regola il c.d. *attivo ravvedimento*), dottrina²¹ e giurisprudenza²² non la ritengono applicabile ai reati contro il patrimonio o che comunque offendono il patrimonio, poiché tradizionalmente questa circostanza si riferisce a tutti quei delitti che non si concretano in un danno patrimoniale o non patrimoniale risarcibile o in un impossessamento o appropriazione di cose altrui²³.

²⁰ RIVERDITI, 1324, rileva l'importanza dell'interezza della riparazione del danno, facendo riferimento giurisprudenza che esclude l'applicabilità della circostanza in esame laddove l'imputato abbia restituito la somma indebitamente trattenuta senza integrare la stessa con quanto dovuto a titolo di interessi; LEVI, 218, che sviluppa un'ampia riflessione sul punto; MANZINI, 164 ss.; SEGRETO – DE LUCA, 133; VINCIGUERRA, 2008, 340. In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 12 luglio 1989, Pecoraro, CP 1990, 1473, che afferma l'importanza dell'interezza della riparazione del danno, escludendo che sia applicabile l'attenuante di cui all'art 62, n.6 c.p. qualora l'imputato abbia restituito le somme sottratte, senza tuttavia integrare con quanto dovuto a titolo d'interessi; Cass. Pen., sez. VI, 29 ottobre 1969, Pontoni, RP 1971, 678; Trib Roma, 8 aprile 1991, Misiti e altri, Giur. Merito 1992, 667.

²¹ LEVI, 223; MAGNINI in PALAZZO, 43. *Contra*, PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 94.

²² Cass. Pen., sez. VI, 3 marzo 1990, Meniconi, RP 1991, 78; Cass. Pen., sez. VI, 17 aprile 1984, Parlatoni, CP 1985, 1087, dove si nega l'applicabilità dell'attenuante dell'attivo ravvedimento al delitto di malversazione a danno dei privati, poiché tale circostanza si riferisce solo a quelle conseguenze del reato che non consistono in un danno, patrimoniale o non patrimoniale, economicamente risarcibile, e non è applicabile quindi ai reati contro il patrimonio o che comunque offendono il patrimonio; Cass. Pen., sez. VI, 21 novembre 1967, Grassini e al., CP 1981, 1266.

²³ LEVI, 223.

Dottrina ²⁴ e giurisprudenza ²⁵ convergono nell'applicare al delitto di peculato la circostanza attenuante speciale della "*particolare tenuità del fatto*", introdotta con l'art 323 – *bis* c.p. dalla legge 86/1990; la norma dispone quanto segue:

Art. 323-bis.

Circostanza attenuante.

Se i fatti previsti dagli articoli 314, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-quater, 320, 322, 322-bis e 323 sono di particolare tenuità, le pene sono diminuite.

In tutti i reati previsti dalla norma, secondo quanto stabilito dall'art 65, n.3 c.p., la pena sarà diminuita in misura non eccedente un terzo. L'introduzione di una norma come quella in esame, poichè analizza il fatto nella sua totalità, permette, ai fini del peculato, di dare rilevanza a elementi come il valore della cosa o il tipo di collegamento fra possesso e funzione pubblica; per questi motivi, autorevole dottrina²⁶ sostiene che, riguardo a quest'ultima caratteristica si potrebbe mitigare l'interpretazione assai estensiva in giurisprudenza (v. cap. 4, sez. I, §4.2) della ragione d'ufficio, facendo rilevare l'occasionalità del tutto episodica ed estranea alle funzioni del possesso nell'ambito della valutazione *ex art 323 – bis* c.p., così come la non appartenenza del bene alla pubblica amministrazione, in

²⁴ Fra le molte opinioni: ROMANO, 2013, 45 ss.; CUPELLI in FIORE, 57. PAGLIARO – PRODI GIUSINO, 94, precisa che laddove il fatto coinvolga valori tanto esigui, da non essere apprezzabili rispetto alle finalità della incriminazione, il delitto non si configura.

²⁵ Cass. Pen., sez. VI, 7 aprile 1994, Montesi, *RP* 1995, 69; Cass. Pen., sez. VI, 29 novembre 1991, Bulgari, *CP* 1993, 1132.

²⁶ PALAZZO – TARQUINI, 7.

concorso con altri elementi, potrebbe fondare un giudizio del fatto “di particolare tenuità”.

Tale circostanza può concorrere con quella generica di cui all’art 62, n.4 c.p.²⁷, all’unica condizione che il giudizio globale di particolare tenuità del fatto *ex* art 323 *bis* si fondi su elementi ulteriori e diversi rispetto a quello del danno di speciale tenuità. Ai fini di quest’ultima, infatti, rileva solo il profilo patrimoniale, desumibile dai numeri 2 e 3 dell’art 133, comma 1 c.p.²⁸; l’applicabilità della circostanza di cui all’art 323 – *bis* c.p. è invece frutto di una valutazione complessiva del fatto, secondo gli indici elencati nell’art 133, comma 1, n.1 c.p.²⁹ Laddove ricorra il concorso di circostanze, di cui abbiamo appena ipotizzato la possibilità, si applicherà l’art 63 c.p. (*applicazione degli aumenti o delle diminuzioni di pena*).

3. Il concorso di persone. La posizione dell’*extraneus*³⁰.

Anche se il peculato è un reato c.d. *proprio*, si ammette che alla sua realizzazione (nella forma consumata o tentata) possa concorrere anche l’*extraneus* (cioè il

²⁷ In dottrina: RIVERDITI, 1324; PALAZZO – TARQUINI, 7; PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 31. In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 18 gennaio 2001, Campo, *Gdir* 2001, n.12, 101; Cass. Pen., sez. VI, 9 novembre 1990, Guerriero, *CP* 1991, 1573, che affronta il caso dell’impiegato postale che, avendo ricevuto denaro dal privato, per la conversione in francoboli, se ne appropriava. Solo successivamente per occultare l’illecita appropriazione già perpetrata utilizzava vecchi francobolli già obliterati.

²⁸ *Ex* art 133 c.p. il giudice, nell’esercizio del potere discrezionale di applicazione della pena, deve tenere conto della gravità del reato, che si desume (anche) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato (comma 1, n.2), nonché dall’intensità del dolo o della colpa (comma 1, n.3).

²⁹ *Ex* art 133 c.p., il giudice, nell’esercizio del potere discrezionale di applicazione della pena, deve tenere conto della gravità del reato, che si desume (anche) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall’oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell’azione (comma 1, n.1).

³⁰ Per un’analisi approfondita sul punto, si rinvia a PAGLIARO, 1995, 975 ss.

soggetto privo della qualifica richiesta dalla norma)³¹, purché il suo apporto (morale o materiale) sia causale nella realizzazione dell'illecito³² e purché nel fatto plurisoggettivo sia presente quell'abuso dei poteri o della qualità del funzionario pubblico, che la legge richiede, esplicitamente o implicitamente per la realizzazione del delitto di peculato³³.

Il privato può concorrere nel peculato anche se è l'unico esecutore materiale della condotta³⁴. È ben possibile, pertanto, che l'appropriazione sia materialmente

³¹ PAGLIARO, 1995, 976, ricorda che i sostenitori della c.d. "teoria dell'accessorietà" ritengono che l'*extraneus* possa ben concorrere al reato proprio, in quanto ad esso si applica una fattispecie diversa e nuova, risultante dalla combinazione fra l'art 110 c.p. e la fattispecie di parte speciale, per cui la qualifica soggettiva necessaria è richiesta per uno solo dei concorrenti.

³² Cass. Pen., sez. VI, 14 febbraio 1991, Briguglio e altro, *GP* 1991, II, c. 615, dove si afferma che il soggetto estraneo alla pubblica amministrazione che si limita alla mera riscossione del denaro attua una condotta del tutto autonoma rispetto a quella del pubblico ufficiale, condotta nella quale non sono ravvisabili gli estremi del concorso nel reato sia nella forma della partecipazione materiale che in quella morale. Il comportamento autonomo del privato è insuscettibile di per sé di essere interpretato quale manifestazione di un preventivo accordo, o quanto meno di un rafforzamento del proposito criminoso del pubblico ufficiale; Cass. Pen., sez. fer., 5 agosto 1980, Rovelli, *GP* 1981, III, c.69.

³³ PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 30, gli Aa. portano ad esempio i casi del funzionario pubblico che si accorda con un privato per commettere un furto nei locali dell'amministrazione (il fatto rimane furto, anche se la cosa sottratta era, per ragione d'ufficio, nella disponibilità del funzionario) e del diverso caso in cui il funzionario lascia aperta la cassaforte, consentendo così al complice di sfruttare il suo possesso della cosa, questo sfruttamento del possesso del pubblico ufficiale da parte del privato farà sì che per entrambi scatti l'imputazione per concorso in peculato; MAGNINI in PALAZZO, 43.

³⁴ PAGLIARO, 1995, 978 ss., afferma che l'estraneo può essere responsabile a titolo di concorso in due ipotesi: a) quando la condotta che da sola adempirebbe la fattispecie è realizzata dal solo pubblico ufficiale (classico caso di concorso dell'esterno che, ad es. istiga o consiglia il funzionario a commettere il delitto); b) quando lo stesso *extraneus* pone la condotta che da sola adempirebbe la fattispecie unisoggettiva. In tal caso, però, vi sono delle limitazioni per la qualificazione del fatto all'interno del reato proprio, perché in tutti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione è necessario lo sfruttamento abusivo delle pubbliche funzioni, il cui apporto è appannaggio esclusivo dell'intraneo. Tale requisito non deve presentarsi solo su un piano obiettivo, perché è necessario che il pubblico ufficiale voglia sfruttare le sue funzioni abusivamente, per concorrere con l'*extraneus* nella realizzazione dell'illecito. In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 30 maggio 1994, Contino, *CP* 1994, 3348, ove si afferma che il pubblico ufficiale commette appropriazione non solo quando incamera il pubblico denaro id cui ha il possesso per la ragione del suo ufficio, ma anche quando si adoperia affinché il complice se ne appropri, sottraendolo alla p.a..

attuata dal solo *extraneus*³⁵, mentre il pubblico agente si pone come mero concorrente, che può limitarsi ad agevolare la condotta (ad es., il pubblico ufficiale che, d'accordo con il privato, finge di non accorgersi che questi sottrae somme all'amministrazione), oppure può servirsi del privato per porre in essere l'abuso dei poteri necessari per realizzare il delitto (ad es., il pubblico ufficiale compie gli atti appropriativi attraverso l'emanazione di ordini); l'unico elemento che non può mai mancare, tanto a livello obiettivo quanto soggettivo, è che il pubblico ufficiale intenda avvalersi abusivamente delle proprie funzioni per la realizzazione dell'illecito.

Il pubblico ufficiale che abbia commesso il delitto poiché costretto da *vis absoluta* (art 46 c.p., ad es. chi, minacciando con un'arma, si fa consegnare dal pubblico agente il denaro che possiede per la ragione del suo ufficio o servizio) o dall'inganno altrui (art 48 c.p., ad es. chi, traendo in inganno il pubblico agente, si fa consegnare un bene che il pubblico agente possiede, millantando di esserne il proprietario) non sarà responsabile dell'illecito; in questi casi, infatti, difettando assolutamente l'abuso funzionale del pubblico agente, sarà responsabile il solo privato che ha esercitato la violenza o l'inganno, tuttavia egli non risponderà del delitto contro la pubblica amministrazione, bensì del reato comune in cui è ascrivibile la sua condotta (rapina nel primo caso, truffa nel secondo)³⁶.

³⁵ PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 29 ss. *Contra* BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 334.

³⁶ PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 30; BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 335 ss.; PAGLIARO, 1995, 979. *Contra*, in giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 30 aprile 1996, Meina, *RP* 1996, 851, secondo cui la responsabilità dell'autore mediato ex art 48 c.p. si configura anche in relazione ai cosiddetti reati propri, in cui la qualità del soggetto attivo è presupposto o elemento costitutivo della fattispecie criminosa.

Ai fini del concorso non rileva la semplice raccomandazione³⁷, che non sia accompagnata da fatti decisivi dell'agente, giacchè questa non può avere mai efficacia determinante su questi, rimanendo libero di decidere se compiere o meno il fatto raccomandato, secondo il proprio autonomo convincimento³⁸.

I criteri di attribuzione della responsabilità dell'*extraneus* richiedono, normalmente, il dolo del partecipe; è quindi necessario che questi sia consapevole della qualità rivestita dall'intraneo, in quanto rappresenta elemento costitutivo del reato proprio. A questa regola è introdotta una deroga dall'art 117 c.p., che riguarda le sole ipotesi in cui la qualità dell'autore determina un mutamento del titolo del reato³⁹:

Pertanto risponde del reato di peculato, a norma degli artt 48 e 314 c.p. anche l'*extraneus*, che traendo in inganno il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, per il tramite di questo si appropria di una cosa da questi posseduta per ragione del suo ufficio.

³⁷ RIVERDITI, 1323; BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 336; si pone da un punto di vista più critico, MAGNINI in PALAZZO, 44, che distingue le ipotesi in cui la raccomandazione sia rivolta ad un pubblico ufficiale che aveva già il proposito di realizzare il reato di peculato (per cui dovrebbe ritenersi sussistente il concorso morale), da quella in cui tale proposito non era sussistente (dovendo, in tal caso, ulteriormente distinguere, ai fini dell'applicabilità dell'art 115 c.p., se il pubblico funzionario accetta o meno tale raccomandazione). In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 9 settembre 1985, Macrì, CP 1986, 1945, in cui si afferma che non rileva ai fini della configurabilità del concorso nel delitto di peculato la pura e semplice raccomandazione, non accompagnata da fattori decisivi, poiché essa non può avere in nessun caso efficacia determinante sul soggetto che la riceve, che resta pertanto libero di aderirvi o meno secondo il suo discrezionale e personale apprezzamento in ordine alla commissione del fatto raccomandato. Non è ipotizzabile il concorso morale neanche per la pura e semplice "raccomandazione" o per la mera "segnalazione", in assenza di ulteriori comportamenti attivi o coattivi, che rimangono quindi come fatti a sé stanti, aventi solo una relazione ma non un'efficacia causativa sulle loro conseguenze eventuali.

³⁸ MAGNINI in PALAZZO, 43, afferma che il contributo morale potrà essere a) *determinante*, nel senso che abbia fatto insorgere nell'intraneo il proposito criminoso dapprima inesistente (istigazione e proposta); b) *agevolatore*, nel senso che abbia rafforzato un proposito criminoso già presente nel pubblico funzionario.

³⁹ Sul punto: DOLCINI – MARINUCCI, PtG, 406 ss.

Art. 117.

Mutamento del titolo del reato per taluno dei concorrenti.

Se, per le condizioni o le qualità personali del colpevole, o per i rapporti fra il colpevole e l'offeso, muta il titolo del reato per taluno di coloro che vi sono concorsi anche gli altri rispondono dello stesso reato. Nondimeno, se questo è più grave il giudice può, rispetto a coloro per i quali non sussistano le condizioni, le qualità o i rapporti predetti, diminuire la pena.

In applicazione di tale norma, se il concorrente, pur volendo scientemente contribuire all'appropriazione del denaro o dell'altra cosa mobile da parte di chi la possiede, tuttavia ignora che si tratti di un pubblico funzionario e che della cosa ne ha il possesso (o la disponibilità) per la ragione del suo ufficio o servizio, allora non risponderà di concorso in appropriazione indebita bensì, per la natura di responsabilità oggettiva che caratterizza l'art 117 c.p., al "*diverso titolo*" di peculato, poiché l'imputazione "muta" a causa dell'ignorata qualità pubblicistica del possessore⁴⁰. Tale impostazione rigorosa della giurisprudenza può essere mitigata dai principi espressi (in materia di furto d'uso) dal Giudice delle leggi, con sentenza n. 1085/1988, per cui, ai fini dell'applicazione dell'art 117 c.p., si potrà valutare la sussistenza di un elemento soggettivo, *sub specie* della colpa, per rendere rilevante l'ignoranza dell'*extraneus*.

⁴⁰ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 336. *Contra* PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 30 ss., secondo cui deve applicarsi l'art 116 c.p. (*reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti*) e non l'art 117 c.p. (*mutamento del titolo del reato per taluno dei concorrenti*), perché l'abuso delle funzioni o della qualità pubblica qualificanti i delitti contro la p.a. costituiscono oggetto del dolo; sul punto vedi anche PAGLIARO, 1995, 977, dove si afferma chiaramente che l'estraneo deve sapere di concorrere con un soggetto qualificato.

Il concorso può avvenire anche nella forma omissiva⁴¹, secondo quanto disciplinato dall'art 40, secondo comma, c.p. (*non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*), purchè tale condotta sia accompagnata dal dolo che caratterizza il concorso stesso, da ravvisarsi nella coscienza e volontà di concorrere con altri nella realizzazione del peculato, prima della sua realizzazione.

⁴¹ Cass. Pen., sez. VI, 13 febbraio 2006, Frattini e al., RP 2007, 775, secondo cui anche il sindaco di una società concessionaria di servizi pubblici può rispondere, a titolo di concorso, del reato di peculato qualora, omettendo dolosamente di effettuare i dovuti controlli sulla gestione contabile della società, di fatto permetta all'amministratore di operare le illecite appropriazioni di denaro; Cass. Pen., sez. II, 15 maggio 2009, *DeJure*; Cass. Pen., sez. VI, 21 ottobre 1994, Di Giovanni, *CP* 1996, 79.

SEZIONE II

IL TRATTAMENTO SANZIONATORIO

4. La pena principale.

Il peculato comune è punito con la reclusione da quattro a dieci anni. A tale impostazione sanzionatoria il legislatore è pervenuto dopo due interventi modificativi, nel 1990 e nel 2012. Il legislatore del 1930, infatti, puniva il delitto di cui all'art 314 c.p. *“con la reclusione da tre a dieci anni e con la multa non inferiore a lire duecentomila”*; legge 86/1990, come abbiamo visto (cap. 1, §2.2.3), ha espunto la pena pecuniaria⁴².

L'innalzamento del minimo edittale da tre a quattro anni di reclusione s'inserisce nel quadro generale che ispira la c.d. legge anticorruzione (l. 190/2012⁴³), finalizzata al contrasto di un fenomeno di corruzione e d'illegalità nella pubblica amministrazione, che sta sempre di più assumendo dimensioni sistemiche, pur non passando inosservata una forte pressione proveniente dal mondo politico e mediatico⁴⁴.

La modifica al sistema sanzionatorio dell'art 314 c.p., introdotta con l'art 1, comma 75, lett. c) della predetta legge⁴⁵, sebbene abbia carattere marginale rispetto alla portata complessiva della riforma, ha tuttavia delle

⁴² Si ricorda, comunque, che l'art 24 c.p. (*Multa*) lascia un margine discrezionale al giudice per l'applicazione di una multa in aggiunta alla sanzione detentiva, in caso di condanna per delitti determinati da motivi di lucro, se la legge prevede per essi soltanto la pena della reclusione.

⁴³ Per un'approfondita analisi della riforma del 2012, si rinvia a PULITANÒ D., *La novella in materia di corruzione*, in *CP*, 2012, supplemento n. 11.

⁴⁴ PULITANÒ, 3.

⁴⁵ ROMANO, 2013, 19.

conseguenze rilevanti per il colpevole di peculato, poiché rende più difficile la possibilità di fruire dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici (*infra*, §5). La dottrina⁴⁶ sul punto ha mostrato una condivisibile perplessità, ritenendo che la *ratio* di una reale efficacia general – preventiva (positiva e negativa) non possa, per il delitto di peculato, ravvisarsi in un mero aumento del minimo edittale, perché i fatti che concretamente si presentano nelle aule dei tribunali presentano spesso un contenuto di disvalore minimo, comunque attinente ad una dimensione dell'offesa patrimoniale più che funzionale. Possiamo ben dire che il legislatore avrebbe potuto e dovuto interpretare diversamente i dati, criminologici e sociologici prima ancora che tecnico – giuridici, che sono presentati ogni anno da chi amministra la giustizia, nonché dalle statistiche.

5. Le pene accessorie.

Nell'ottica di una risposta ordinamentale di particolare rigore verso i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione⁴⁷, ai sensi dell'art 317 – *bis* c.p., la condanna per il delitto di peculato comporta l'applicazione della sanzione accessoria (introdotta con l'art 5 della l 86/1990) dell'interdizione dai pubblici uffici, nei seguenti termini⁴⁸:

⁴⁶ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 233.

⁴⁷ PADOVANI, *CP*, 2118.

⁴⁸ La pena accessoria dell'interdizione perpetua, prima della riforma, era contenuta nel secondo comma dell'art 314 c.p.; a tal proposito, PAGLIARO – PARDOI GIUSINO, 95, rilevano che dopo la riforma questa è stata spostata semplicemente nell'art 317 – *bis*, determinando quindi una modifica meramente formale.

Art. 317-bis.

Pene accessorie.

La condanna per il reato di cui agli articoli 314 e 317, 319 e 319 ter importa l'interdizione perpetua dai pubblici uffici. Nondimeno, se per circostanze attenuanti viene inflitta la reclusione per un tempo inferiore a tre anni, la condanna importa l'interdizione temporanea.

La fattispecie, nella sua formulazione base, prevede che si applichi la severa sanzione dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici del colpevole; questa sarà invece temporanea laddove, per effetto di circostanze attenuanti, sia irrogata una pena di durata inferiore ai tre anni⁴⁹. Pur essendo prevista tale attenuazione della pena accessoria, non si può negare che, nei fatti, sia molto difficile da applicare, stante l'innalzamento del minimo edittale della pena a quattro anni (*retro*, §4).

La giurisprudenza si è interrogata sulla possibilità di applicare l'interdizione temporanea al caso in cui la riduzione della pena sia dovuta all'adozione del giudizio

⁴⁹ La durata dell'interdizione temporanea, ex art 37 c.p. (*pene accessorie temporanee: durata*), sarà uguale a quella della pena principale inflitta o che dovrebbe scontarsi, in caso di conversione, per insolvibilità del condannato, ma comunque non inferiore a un anno. BENUSSI in DOLCINI MARINUCCI, 350, rileva che tale impostazione sia stata fatta propria anche dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. Pen., sez. VI, 11 marzo 2003, Marinelli, *CP* 2004, 1277) e non sia da condividere la posizione, invero isolata, affermata nella giurisprudenza di merito (trib. Napoli, 15 febbraio 1995, Cascini, *Giur. Merito*, 1995, 547), in cui si afferma che qualora, per la concussione consumata sia inflitta, per effetto delle circostanze attenuanti, una pena inferiore ad anni tre di reclusione, deve essere applicata la pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici per anni 5, in tal senso dovendosi interpretare la locuzione "interdizione temporanea" usata dall'art 317 -bis. L'A. rileva che tal pronuncia sia affetta da un evidente errore interpretativo, per cui i giudici hanno applicato la circostanza "generale" di cui agli artt 29 (*casi nei quali alla condanna consegue interdizione dai pubblici uffici*) e 31 c.p. (*condanna per delitti commessi con abuso di un pubblico ufficio o di una professione o di un'arte. Interdizione*), piuttosto che la disciplina "speciale" ex art 317 - bis c.p.

abbreviato^{50 51}. Un primo indirizzo⁵², ad oggi minoritario, afferma che la diminvente per la celebrazione del rito abbreviato abbia natura e finalità processuali e non sia in alcun modo assimilabile ad una circostanza attenuante; per questo motivo, qualora dalla condanna per uno dei delitti previsti dall'art 317 – *bis* c.p. derivi l'irrogazione di una sanzione detentiva inferiore a 3 anni, per effetto di detta diminuzione, si dovrà comunque applicare la pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici,

⁵⁰ L'art 442, comma 2, c.p.p. dispone che *“in caso di condanna, la pena che il giudice determina tenendo conto di tutte le circostanze è diminuita di un terzo. [...]”*. In dottrina, GIARDA – SPANGHER, 5543, affermano che tale diminvente, poichè prescinde dalle connotazioni del fatto e della personalità dell'imputato, non abbia la natura di circostanza del reato e debba essere applicata dal giudice per ultima, sulla pena in concreto quantificata dal giudice, *“tenendo conto di tutte le circostanze”*; nello specifico, questa non è soggetta al giudizio di comparazione e non influisce sui termini prescrizionali. Si precisa, inoltre, che qualora il giudice si sia dimenticato di computare la diminvente, poichè non ha carattere discrezionale, ma è rigidamente predeterminata dalla legge, potrà essere rettificata dalla corte di Cassazione.

⁵¹ SEMINARA, *CB*, 772, riporta il dibattito che si è svolto durante i lavori preparatori della legge 86/1990: in Senato, sul punto, si delinearono due opposti orientamenti, uno facente capo al relatore e l'altro al Ministro di grazia e giustizia, che rispettivamente ammettevano e negavano la parificazione di tale diminvente alle “circostanze attenuanti” di cui all'art 317 – *bis* c.p. In particolare, nella seduta del 27 marzo 1990 fu presentato un emendamento volto ad escludere la temporaneità dell'interdizione nel caso di pena determinata in misura inferiore ai tre anni solo come conseguenza dell'adozione del giudizio abbreviato. Anche in tale occasione il relatore si pronunciò in senso contrario, alla luce dell'effetto dissuasivo che ne sarebbe derivato, in contrasto con le direttive del codice di rito, per la diffusione di tale procedimento speciale, mentre il Ministro ribadì che, in ogni caso, la diminvente *ex art 442 c.p.p.* non configura una circostanza attenuante in senso tecnico. Le ragioni contingenti che premevano per una rapida approvazione del testo di legge indussero tuttavia il Presidente dell'Assemblea a rilevare un sostanziale accordo sull'interpretazione proposta dal Governo e a richiedere il ritiro dell'emendamento, che non venne così posto ai voti. L'A. conclude quindi affermando che una precisazione normativa sarebbe stata indispensabile per evitare l'insorgere del problema interpretativo in giurisprudenza, risolto soltanto nel 1998, con la sentenza a Sezioni unite, *Ishaka*.

⁵² Cass. Pen., sez. VI, 25 febbraio 2000, *DeJure*, in tema di concussione; Cass. Pen., sez. VI, 28 maggio 1997, *Marchese*, *RP* 1998, 296; Cass. Pen., sez. VI, Buonanno, *CP* 1997, 2452; Cass. Pen., sez. IV, 1 marzo 1994, *Belleri*, *CP* 1995, 2601; Cass. Pen., sez. VI, 11 marzo 1992, *Dominidato*, *CP* 1993, 1991, in tema di concussione; Cass. Pen., *SSUU*, 22 luglio 1991, *Volpe*, *CP* 1992, 38, afferma la sostanziale e funzionale diversità della diminvente di cui all'art 442, comma 2 c.p.p. rispetto alle circostanze del reato, per cui questa non potrà essere valutata ai fini della determinazione della pena rilevante per l'individuazione del tempo necessario alla prescrizione del reato, *ex art 157 comma 2 c.p.*

poiché l'interdizione temporanea deriva solo da una riduzione di pena conseguente al riconoscimento di una circostanza attenuante. Il *trend* giurisprudenziale ha mutato radicalmente segno, divenendo oggi orientamento maggioritario, con una sentenza delle Sezioni unite, dove si è affermato che *“ai fini dell'applicazione della pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici, in ipotesi di giudizio abbreviato, deve aversi riguardo, come principale pena inflitta, a quella finale, conseguente anche alla riduzione in rito”*⁵³. Tale impostazione è giustificata dal fatto che l'applicazione nel rito abbreviato delle pene accessorie ex art 29 c.p., poiché si applicano automaticamente rispetto all'entità del trattamento sanzionatorio, non può prescindere dagli effetti che tale rito speciale manifesta sulla pena principale, fra i quali spicca la diminuzione⁵⁴. Dalla lettura dell'orientamento maggioritario emerge che l'interpretazione data dalla giurisprudenza si riferisce alla norma generale di cui all'art 29 c.p.; si ritiene che tale principio sia applicabile anche all'art 317 – *bis* c.p., giacché la norma in esame fa riferimento genericamente a *“circostanze attenuanti”* senza specificarne la natura sostanziale o processuale, prediligendo un'interpretazione estensiva e atecnica della disposizione e sfruttando l'interpretazione sistematica fra norme che, comunque, sono in rapporto di specialità.

⁵³ Cass. Pen., SSUU, 17 luglio 1998, Ishaka, CP 1998, 3229.

⁵⁴ Cass. Pen., sez. VI, 13 maggio 1998, Di Francesco, CP 1999, 1460; Cass. Pen., sez. II, 32 gennaio 1995, Fagiano, CP 1996, 524, dove si afferma che, ai fini dell'applicazione delle pene accessorie ex art 29 c.p., il giudice dovrà tenere conto dell'entità della pena quale risulta dalla condanna, senza poter distinguere fra attenuanti di merito, che incidono sull'effettiva gravità del reato, ed attenuanti meramente processuali o premiali, che costituiscono l'incentivo per la collaborazione dell'imputato alla definizione del giudizio; Cass. Pen., sez. II, 16 aprile 1996, Costa, CP 1997, 2453. In dottrina PADOVANI, CP, 2119.

La pena accessoria è irrogata anche nel caso di delitto tentato⁵⁵. Si osserva che, *“pur costituendo il reato tentato una figura criminosa autonoma, non può ritenersi che in ogni caso, quando la legge si limita a far riferimento alla ipotesi tipica, debba ritenersi esclusa quella tentata, dovendosi invece avere riguardo alla materia cui la legge si riferisce ed alla sua ratio onde stabilire se sia compresa o meno nell’ipotesi del tentativo”*⁵⁶. La pena accessoria prevista dall’art 317 – bis c.p., data la sua natura derogatoria, è emanazione di uno specifico orientamento rigoristico del legislatore verso determinate fattispecie di reato, per cui non sarebbe logico escludere da questa sanzione le ipotesi caratterizzate dal solo tentativo, anche se meritano una pena principale meno grave. Ai fini dell’applicazione dell’articolo in esame per il delitto tentato, dovrà farsi riferimento alla pena inflitta in concreto per il tentativo, avendo applicato la diminuzione prevista all’art 56 c.p.

Nel caso di condanna per peculato continuato (art 81 c.p.), la pena accessoria sarà scelta sulla base della pena applicata in base al reato più grave, senza far riferimento alcuno all’aumento applicato dalla continuazione⁵⁷; la

⁵⁵ In dottrina: PADOVANI, *CP*, 2118; BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 352.

⁵⁶ Cass. Pen., sez. VI, 22 luglio 1992, Pellegrini, *CP* 1994, 928. A questa hanno fatto seguito: Cass. Pen., sez. VI, 9 marzo 2005, Mancini ed altro, *CP* 2006, 2052; Cass. Pen., sez. VI, 24 luglio 1980, Carone, *CP* 1981, 2004, quest’ultima, pur in riferimento alla formulazione originaria della norma, classifica il tentativo fra le “circostanze attenuanti”, poiché tale termine si ritiene essere utilizzato in modo improprio.

⁵⁷ In dottrina: PALAZZO – TARQUINI, 7; PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 95. In Giurisprudenza: Cass. Pen., sez., VI, 21 gennaio 2003, marinelli, dove si dispone che qualora la condanna inflitta per i delitti di cui agli artt 314 e 317 c.p. sia inferiore a tre anni di reclusione, la pena accessoria da irrogare è la interdizione temporanea, commisurata alla pena principale; Cass. Pen., sez. III, 21 novembre 1966, Torre, *SP* 1968, 122. L’art 81 c.p. dispone che debba punirsi con la sanzione prevista per il reato più grave, aumentata fino al triplo, chi, con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge.

finalità di tale ragionamento è evitare che l'istituto della continuazione, costituente una mera forma di connessione di reati (e non un reato unico), si trasformi in un evidente pregiudizio per il condannato⁵⁸.

Al delitto di peculato è applicabile anche la pena accessoria disciplinata dall'art 32 – *quinquies* c.p.:

Art. 32-quinquies.

Casi nei quali alla condanna consegue l'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego.

Salvo quanto previsto dagli articoli 29 e 31, la condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a tre anni per i delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, primo comma, e 320 importa altresì l'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego nei confronti del dipendente di amministrazioni od enti pubblici ovvero di enti a prevalente partecipazione pubblica.

Tale norma, introdotta con legge 27 marzo 2001, n.97, tenta di mettere ordine in un contesto dove l'attività amministrativa è fortemente caratterizzata da fenomeni di corruzione ed illegalità, collegando direttamente la responsabilità penale con il procedimento disciplinare nei confronti dei dipendenti pubblici. La pena accessoria, che concorre con la fattispecie di cui all'art 317 – *bis* c.p. (e con gli artt 29 e 31 c.p.), in caso di condanna per peculato tratteggia questo assetto sanzionatorio: se al soggetto è stata irrogata una pena detentiva non inferiore a tre anni, allora si applicherà l'interdizione perpetua dai pubblici uffici (*ex* art 317 – *bis* c.p.) e l'estinzione *ope legis* del rapporto di lavoro o di impiego nei confronti del dipendente

⁵⁸ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 353.

di amministrazioni od enti pubblici ovvero di enti a prevalente partecipazione pubblica (*ex art 32 – quinquies c.p.*); nel caso in cui venga irrogata una sanzione inferiore a tre anni di reclusione, si avrà interdizione temporanea dai pubblici uffici (*ex art 317 – bis c.p.*), mentre all'estinzione del rapporto di lavoro (che sarà facoltativa) si potrà giungere solo all'esito di un procedimento disciplinare.

SEZIONE III
RAPPORTI CON ALTRE FIGURE DI REATO

6. La truffa aggravata dall'abuso dei poteri o dalla violazione dei doveri (artt 640 e 61, n.9 c.p.).

L'elemento che esprime la differenza fondamentale fra il peculato e la truffa aggravata, secondo il costante orientamento di dottrina⁵⁹ e giurisprudenza⁶⁰, inerisce alla struttura oggettiva delle due fattispecie e risiede nella modalità di acquisizione del possesso del denaro o dell'altra cosa mobile su cui si consuma la condotta appropriativa. Nel peculato, si realizza il comportamento rilevante quando il pubblico agente compie atti *uti dominus* sul denaro o altre cose mobili di cui ha già il possesso o la disponibilità per la ragione del suo ufficio o servizio; ricorrerà invece la truffa aggravata qualora l'agente, non

⁵⁹ CAGLI, 347; MANZINI, 143; SCORDAMAGLIA, 644; SEGRETO – DE LUCA, 136.

⁶⁰ Fra le pronunce più recenti: Cass. Pen., sez. VI, 28 marzo 2012, Licci, *Gdir* 2012, n. 24, p. 96, dove si afferma che costituisce peculato e non truffa aggravata la condotta appropriativa posta in essere da chi, per ragioni del suo ufficio o servizio, ha di fatto il possesso o comunque la disponibilità concreta del bene, sicchè non deve procurarselo in modo fraudolento; Cass. Pen., sez. VI, 25 agosto 2011, n.32863, *DeJure*, che, in applicazione del principio esposto, ha ritenuto sussistente il tentativo di truffa aggravata e non il tentativo di peculato in un caso di conferimento di fittizi incarichi professionali da part dei pubblici ufficiali resisi poi autori di mandati di pagamento la cui validità dipendeva dalla firma del dirigente responsabile della spesa e dal "visto" degli organi di controllo; Cass. Pen., sez. VI, 3 febbraio 2010, n.4668, *DeJure*, che ha ravvisato il delitto di peculato e non quello di truffa aggravata nella condotta del responsabile dell'ufficio tributi del Comune che, dopo aver indotto commercianti ambulanti a versare a sue mani le somme effettivamente dovute a titolo di tassa di occupazione del suolo pubblico, le ha trattenute in misura integrale o parziale senza annotare i pagamenti sull'apposito registro, rilasciando ai contribuenti ricevute intestate all'ufficio di appartenenza redatte su stampati sottratti al medesimo; Cass. Pen., sez. VI, 18 settembre 2008, Savorgnano, *Gdir* 2008, n. 43, p. 88; Cass. Pen., sez. VI, 3 agosto 2001, Ottaviano, *Gdir* 2001, n. 35, p. 83; Cass. Pen., sez. VI, 8 giugno 1998, Finocchi, *CP* 1999, 529.

avendo tale possesso, se lo procuri compiendo artifici o raggiri, in funzione della condotta appropriativa del bene.

Come corollario di tale principio⁶¹, si afferma che la distinzione fra peculato e truffa attiene al modo (fraudolento o non) in cui il soggetto viene in possesso del bene e non alla precedenza cronologica dell'appropriazione rispetto al mezzo fraudolento. È inoltre pacifico che il reo commetterà peculato, e non truffa aggravata, qualora abbia realizzato artifici, raggiri o falsa documentazione non per entrare in possesso del denaro pubblico, bensì per occultare la commissione dell'illecito⁶².

⁶¹ Cass. Pen., sez. VI, 25 agosto 2011, n.32863, *DeJure*, v. nota precedente; Cass. Pen., sez. VI, 11 febbraio 2010, Donti e altro, *Gdir* 2010, n.15, p. 85, dove si afferma che commette il delitto di truffa aggravata *ex art* 61, n.9 c.p., e non il peculato, il curatore fallimentare che attraverso l'utilizzazione fraudolenta di mandati di pagamento falsificati e in apparenza provenienti dall'ufficio del giudice delegato al fallimento si appropri di somme di denaro di pertinenza della procedura fallimentare. Infatti, il curatore non ha né la disponibilità materiale, né quella giuridica di tali somme, in quanto per conseguirla necessita di apposito provvedimento di autorizzazione del giudice delegato (*ex art* 34 l.fall.), onde la falsificazione dei mandati costituisce proprio lo strumento fraudolento mediante il quale si ottiene l'impossessamento del denaro; Cass. Pen., sez. VI, 19 marzo 2008, Salzano, *CP* 2009, 201, in cui si ritiene che integri la fattispecie di peculato continuato, e non quelle di truffa o di abuso d'ufficio, la condotta dell'ufficiale giudiziario che nel corso di una procedura di pignoramento versa su conti correnti bancari intestati a sé medesimo, ovvero cointestati anche al proprio coniuge, le somme di denaro portate da assegni bancari sottoscritti dai debitori eseguiti e, successivamente, tramuta le relative somme in assegni circolari versati in favore dei legittimi proprietari; la S.C. ha escluso la configurabilità della truffa e dell'abuso d'ufficio, poiché la violazione dei doveri d'ufficio ha costituito solo la modalità della condotta di appropriazione e la disponibilità delle somme portate dai titoli ne ha preceduto la temporanea appropriazione dei relativi importi; Cass. Pen. Sez. VI, 11 maggio 1994, Capponi, *RP* 1994, 1186).

⁶² Cass. Pen., sez. VI, 18 settembre 2008, Savorgnano, *Gdir* 2008, n. 43, p. 88, dove si afferma, inoltre, che alla condotta di peculato possa affiancarsi una condotta fraudolenta, finalizzata, però, non a conseguire il possesso del denaro o della cosa mobile, ma a occultare la commissione dell'illecito ovvero ad assicurarsi l'impunità; in questi casi l'ipotesi di truffa aggravata rimane assorbita nel delitto di peculato, salva la specifica possibilità del concorso di reati, stante la diversa oggettività giuridica, la diversità dei soggetti passivi, il diverso profitto, il diverso momento consumativo; Cass. Pen., sez. VI, 28 novembre 1995, Caruso, *Rep. Foro It.*, 1996, 1459, 10.

7. L'abuso d'ufficio (art 323 c.p.).

Il delitto di abuso d'ufficio ha conosciuto tre formulazioni normative diverse, l'ultima delle quali introdotta con legge 234/1997. All'originaria struttura, rubricata sotto il nome di "abuso innominato d'ufficio"⁶³, si riconosceva "*portata applicativa decisamente "subalterna" e del tutto marginale e "sussidiaria"*"⁶⁴, poiché compressa dalla presenza delle fattispecie di interesse privato in atti d'ufficio (art 324 c.p.) e peculato per distrazione (art 314 c.p.). La legge 86/1990 ha riscritto l'art 323 c.p., assorbendo i delitti di peculato per distrazione e interesse privato⁶⁵, permangono tuttavia forti perplessità in ordine alla concreta ingerenza della magistratura sulle scelte della Pubblica Amministrazione; per questo motivo, la legge 234/1997 cambia in modo deciso il quadro normativo dell'art 323 c.p.⁶⁶, nell'ottica di individuare una maggiore tipicità del fatto. È così che la norma, innanzitutto, si riferisce alla "violazione di legge o di regolamento" e all'inosservanza di un dovere di astensione invece che all'abuso del proprio ufficio,

⁶³ La norma sanzionava "*il pubblico ufficiale che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge, è punito con la reclusione fino a due anni o con la multa da lire centomila a due milioni*".

⁶⁴ DE FRANCESCO, 1633.

⁶⁵ La norma sanzionava «*il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni. Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni*».

⁶⁶ La norma sanziona "*Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità*".

sollevando qualche perplessità sulla concreta determinatezza di questa locuzione e determinando uno spostamento dalla “logica dell’abuso di potere” a quella della “violazione del dovere”⁶⁷. Si richiede, poi, che la condotta sia finalizzata alla produzione di un vantaggio patrimoniale o di un danno ingiusto, escludendo ogni riferimento a vantaggi di carattere non patrimoniale e ponendo alcune perplessità tanto dal punto di vista tecnico – normativo quanto da quello politico - criminale⁶⁸. L’art. 323 c.p., infine, è stato oggetto di modifiche con la legge 6 novembre 2012, n. 190, limitatamente al trattamento sanzionatorio⁶⁹. L’art. 1, comma 75, infatti, ha previsto una forbice edittale di pena che “*da sei mesi a tre anni*” e passata a “*da uno a quattro anni*”, senza ulteriori modifiche al testo della norma⁷⁰.

Nell’ambito del concorso fra abuso d’ufficio ed altri reati, gioca un ruolo fondamentale la clausola di riserva “*salvo che il fatto costituisca più grave reato*”⁷¹; questo

⁶⁷ DE FRANCESCO, 1634.

⁶⁸ DE FRANCESCO, 1637 ss.

⁶⁹ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 916; ROMANO, 2013, 297.

⁷⁰ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 916, osserva criticamente che tale intervento riformatore ha mancato quella necessaria ed opportuna riforma, prospettata dalla Convenzione ONU contro la corruzione, adottata dall’Assemblea Generale il 31 ottobre 2003, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003 e ratificata con legge 3 agosto 2009, n. 116. L’art 19 della citata Convenzione ancora il requisito dell’intenzionalità alla commissione dell’abuso delle funzioni o della posizione del pubblico funzionario, stabilendo che “*each State Party shall consider such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, the abuse of functions or position, that is, the performance of or failure to perform an act, in violation of laws, by a public official in the discharge of his functions, for the purpose of obtaining an undue advantage for himself or herself or for another person or entity*”. L’A., in particolare, rileva che la riforma del 2012 non ha riformulato la fattispecie indipendentemente dalla patrimonialità del profitto e dal requisito dell’intenzionalità degli eventi che completano il fatto.

⁷¹ Come possiamo leggere dalla normativa riportata in nota tale clausola, introdotta nel 1990 e confermata nel 1997, sostituisce la più generica clausola di sussidiarietà presente nel testo originario, per cui si applicava l’art 323 c.p. a “*qualsiasi fatto non previsto come reato da una particolare disposizione di legge*”. La configurazione della clausola di riserva come clausola di consunzione non è

comporta che, se la condotta abusiva del soggetto integra un reato diverso, allora sussisterà un concorso apparente di norme, da risolversi applicando la norma che prevede il reato più grave.

Richiamando i concetti di parte generale, il concorso apparente di norme si delinea nell'ipotesi in cui un medesimo fatto appaia, *prima facie*, qualificabile secondo più norme penali e che, tuttavia, dopo un'attenta analisi, risultano non contemporaneamente applicabili⁷². La norma cardine dell'istituto è rappresentata dall'art 15 c.p.:

pacifica: è sostenuta da PAGLIARO – PARODI GIUSINO, PTS I, 307, secondo cui questa clausola rappresenta un'applicazione esplicita del principio (preterlegale) di consunzione, la cui conseguenza è quella di escludere l'applicazione dell'art 323 c.p. non solo quando il fatto commesso costituisce reato in quanto abuso dei poteri pubblici, ma anche quando esso costituisce reato a causa di un diverso contenuto illecito aggravato dall'abuso d'ufficio rilevante come circostanza comune o special. In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. V, 16 giugno 2006, Masia, CP 2007, 587, dove si afferma che l'art 323 c.p. contiene una clausola di consunzione che impone di considerare la fattispecie incriminatrice residuale o meramente eventuale, escludendo l'applicazione del precetto nel caso in cui il fatto materiale, ossia il comportamento abusivo, integro al tempo stesso un reato più grave. *Contra*, VINCIGUERRA, 2008, secondo cui la clausola individua per categorie la norma applicabile, per cui si attribuisce all'art 323 c.p. un valore sussidiario e residuale. Tale clausola di prevalenza prescinde dall'esaurimento nella norma assorbente del disvalore punito dalla norma assorbita, perché è una clausola di sussidiarietà e non di consunzione. Per il rapporto fra abuso d'ufficio ed i reati meno gravi, torna invece ad essere applicabile il principio di specialità, che non viene considerata dalla clausola, poiché essa s'ispira al diverso principio per cui è assorbente non la norma speciale, bensì quella più severamente sanzionata; ROMANO, 2013, 320 ss., secondo cui, pur affermando la diversità delle clausole previste nel 1930 e nel 1990, comunque queste operano sulla base del medesimo presupposto “che cioè con la sola condotta abusiva l'agente abbia intenzionalmente procurato un ingiusto vantaggio o danno e, al tempo stesso, integrato gli estremi di altro reato (ora più grave)”; questa clausola comporterebbe quindi il concorso apparente di norme prescindendo alla radice l'applicazione del principio di specialità. La stessa clausola quindi, in questo contesto, sembra alludere ad una clausola di sussidiarietà limitata piuttosto che di consunzione: “discutendosi infatti dello spazio di intervento dell'abuso, l'accento pare da porre non tanto sulla sua (passiva) “consunzione”, quanto piuttosto sulla sua (attiva) disponibilità “in aiuto”, che opera se e quando nel fatto commesso non siano presenti anche gli estremi di un altro e più grave reato”.

⁷²VALLINI in DE FRANCESCO, 2011, 264; DE FRANCESCO, 1988, 417, in termini di problematica su quante e quali norme applicare.

Art. 15.

Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale.

Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito.

Rinviando alle opportune trattazioni per l'analisi critica delle teorie pluralistiche e monistiche in tema di concorso apparente di norme⁷³, in questa sede si accoglie una concezione monistica “logico – formale”⁷⁴. Si afferma, quindi, che criterio fondante il concorso apparente di norme sia il riferimento alla “*stessa materia*”, desunta da un giudizio che fa leva, attenendosi fedelmente al dato normativo, sui singoli elementi costitutivi dei reati, per identificarla nei rapporti di specialità unilaterale per specificazione e per aggiunta, nonché specialità bilaterale per specificazione o bilaterale *unilateralmente* per aggiunta⁷⁵. In questa dimensione, la clausola di riserva

⁷³ DE FRANCESCO, 1988, 417 ss.; VALLINI in DE FRANCESCO, 2011, 263 ss.; PADOVANI, 2012, 385 ss. Fra gli interventi più recenti da parte di un autorevole sostenitore della teoria pluralista, che affianca il criterio della consunzione a quello di specialità, PAGLIARO, “*Concorso apparente di norme incriminatrici*”, in RIDPP 2013, 1386 ss.

⁷⁴ Per un approccio critico alle teorie monistiche, DE FRANCESCO, 1988, 422.

⁷⁵ Per una trattazione più dettagliata, si rinvia a DE FRANCESCO, 1988, 422 ss. In giurisprudenza, le Sezioni unite della Suprema Corte hanno affermato, nella sentenza Cass. Pen., SSUU, 28 ottobre 2010, Giordano, CP 2011, 2501, con nota di RUTA, Dir. Pen. Cont. http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1353087679caccialanza_Redacted.pdf, che “*deve, pertanto, affermarsi che il criterio di specialità è da intendersi in senso logico – formale, ritenendo, cioè, che il presupposto della convergenza di norme, necessario perché risulti applicabile la regola sulla individuazione della disposizione prevalente posta dal citato art 15, possa ritenersi integrato solo in presenza di un rapporto di continenza tra le stesse, alla cui verifica deve procedersi attraverso il confronto strutturale fra le fattispecie astratte rispettivamente configurate, mediante la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire le fattispecie stesse*”; a quest'affermazione di principio,

dell'art 323 c.p. si pone come criterio che concretizza la deroga⁷⁶ ex art 15 c.p. nel determinare la norma prevalente cosicché, in caso di concorso apparente di norme con l'art 323 c.p., si applicherà l'art 323 c.p., salvo che il fatto costituisca un più grave reato.

Nel rapporto fra l'art 314 c.p. e l'art 323 c.p. si ritiene sussista un rapporto di specialità bilaterale per specificazione poiché, in primo luogo, la violazione dei doveri d'ufficio costituisce condotta tipica dell'art 323 c.p., mentre per il peculato rappresenta lo strato fondamentale su cui si innestano le specifiche manifestazioni dell'appropriazione⁷⁷; in secondo luogo, mentre nell'art 323 c.p. l'evento che si realizza con la condotta è il conseguimento di un ingiusto vantaggio patrimoniale o di un danno ingiusto, nel peculato l'evento è rappresentato dall'appropriazione stessa⁷⁸, che si caratterizza per il fatto

che continua nel solco di una giurisprudenza di legittimità piuttosto recente (SSUU, n. 35, dep. 15 gennaio 2001, Sagone; SSUU, n. 8545, dep. 20 febbraio 2003 Scuncia), segue l'analisi critica di un'altra impostazione giurisprudenziale che richiama il principio di consunzione o di assorbimento, focalizzando il concetto della "stessa materia" nell'ambito del bene tutelato dalle norme.

⁷⁶ Sul punto, DE FRANCESCO, 1988, 418.

⁷⁷ Come rileva PISA, 1993, 18, *"la condotta di appropriazione tipica del peculato implica sempre una strumentalizzazione dei poteri di cui è titolare il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio: quella strumentalizzazione che sostanzia l'abuso punito dall'art 323 c.p. Appare pertanto giustificata la conclusione favorevole all'assorbimento del delitto di abuso nella più grave fattispecie di peculato"*.

⁷⁸ Cass. Pen., sez. VI, 26 agosto 2008, n. 34157, *DeJure*; Cass. Pen., sez. VI, 30 luglio 2007, Maccagno, *Gdir* 2007, n.40, p. 110; Cass. Pen., sez. VI, 4 marzo 2003, Miniscalco, *RP* 2003, 501; Cass. Pen., sez. VI, 7 aprile 1999, Abate, *CP* 2001, 166; Cass. Pen., sez. VI, 8 giugno 1998, Finocchi, *CP* 1999, 529, dove si afferma che nel delitto di peculato la condotta consiste nell'appropriazione di denaro o altra cosa mobile altrui, di cui il responsabile abbia il possesso o disponibilità per ragioni del suo ufficio, con la conseguenza che la violazione dei doveri connessi all'ufficio costituisce esclusivamente la modalità del delitto, cioè dell'appropriazione. Viceversa, nella figura criminosa a carattere sussidiario di cui all'art 323 c.p., la condotta s'identifica nel mero abuso funzionale, cioè nell'esercizio delle potestà e nell'uso dei mezzi inerenti ad una funzione pubblica per finalità differenti da quelle per le quali l'esercizio del potere è concesso, mediante attività di rilevanza giuridica o comportamenti materiali penalmente sanzionati, qualora a questi consegua un vantaggio patrimoniale per sé o altri.

di estromettere completamente il proprietario dal rapporto con il bene medesimo e recidere ogni legame pubblicistico con l'esercizio delle funzioni proprie dell'agente⁷⁹, diversamente dall'abuso d'ufficio, ove una destinazione della cosa, pur viziata dall'opera dell'agente, mantiene la sua natura pubblica e non va a favorire esclusivamente interessi estranei alla pubblica amministrazione⁸⁰; tale impostazione, come abbiamo già avuto modo di vedere (v. cap 4, sez. III, § 11.2), è fondamentale per strutturare la riflessione sul destino del peculato per distrazione dopo la riforma del 1990.

Stabilito che gli artt 314 e 323 c.p. regolano la “stessa materia”, è pacifico concludere che, laddove un medesimo fatto sia suscettibile di rilevare per entrambe le fattispecie, sussista un concorso apparente di norme, cui consegue un assorbimento dell'abuso d'ufficio nel peculato poichè, sulla base del dato normativo, costituisce “*più grave reato*”. A diverse conclusioni si approda, invece, nei casi di abuso commessi successivamente al peculato già consumato, ai fini di coprirlo; in tali ipotesi, infatti, si realizzano fatti diversi, distinti sul piano ontologico, cronologico e psicologico⁸¹.

⁷⁹ Fra la giurisprudenza più recente, possiamo citare Cass. Pen., sez. VI, 10 aprile 2013, n. 16381, *RP* 2014, 110, dove si afferma che integra il delitto di peculato, e non quello di abuso d'ufficio. La condotta del pubblico ufficiale che, comportandosi *uti dominus*, rispetto alla cosa di cui abbia il possesso per ragioni di ufficio, la ceda, anche provvisoriamente, a terzi estranei all'amministrazione, perché ne facciano uso al di fuori di ogni controllo della pubblica amministrazione.

⁸⁰ Cass. Pen., sez. VI, 27 novembre 2002, Gennari e al., *D&G* 2003, n.5, p.48.

⁸¹ PADOVANI, *CP* 3249.

8. L'appropriazione indebita (art 646 c.p.).

L'analisi differenziale fra peculato e appropriazione indebita ha da sempre impegnato gli studiosi in un vivace dibattito, soprattutto per quel che riguarda l'eventuale identità delle condotte appropriative nei due reati. Come abbiamo già avuto modo di vedere (cap. 4, sez. II, §6), benchè queste fattispecie condividano, come due "sorelle", alcuni elementi, sono tuttavia presenti differenze decisive che le pongono su piani strutturali e teleologici diversi. Oltre alla diversità della condotta materiale, peculato ed appropriazione indebita si differenziano per il titolo del possesso⁸²: nel primo caso, sarà rilevante soltanto quello qualificato dall'ufficio o servizio propri del pubblico agente; nell'appropriazione indebita, la condotta consumata sul bene di cui si ha il possesso "a qualsiasi titolo" sarà sufficiente per integrare il delitto. Ad avviso di chi scrive, da quanto appena detto emerge che fra i due titoli del possesso intercorra un rapporto di specialità, nel senso che la "*ragione del suo ufficio o servizio*" costituisce senz'altro una specificazione del più generico "*a qualsiasi titolo*".

Laddove ricorra la circostanza aggravante prevista dall'art 61, n.9 c.p., il delitto di appropriazione indebita si differenzierà dal peculato perché nel primo caso si presuppone che il possesso sia stato devoluto all'agente *intuitu personae* e non per ragione del suo ufficio o servizio⁸³; inoltre, l'abuso dei poteri o l'inosservanza dei doveri servono all'agente non per conseguire il possesso,

⁸² CAGLI, 347; SCODRAMAGLIA, 565; SEGRETO – DE LUCA, 138.

⁸³ FORNASARI in BONDI – DI MARTINO – FORNASARI, 133, l'A. afferma che la giurisprudenza, pur condividendo quest'assetto teorico, tuttavia spesso lo disattende, perché riconosce sufficiente la mera occasionalità del possesso per poter configurare il peculato; SEMINARA, CB, 758.

ma per agevolarlo nella realizzazione della condotta tipica⁸⁴.

9. Il peculato mediante profitto dell'errore altrui (art 316 c.p.).

L'art 316 c.p. disciplina la figura del peculato mediante profitto dell'errore altrui nei seguenti termini:

Art. 316.

Peculato mediante profitto dell'errore altrui.

Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, giovandosi dell'errore altrui, riceve o ritiene indebitamente, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Fra gli elementi differenziali si rileva che il peculato presuppone una legittima instaurazione da parte dell'agente del legame possessorio con il bene, mentre nella fattispecie di cui all'art 316 c.p. l'impossessamento è conseguenza per l'autore dell'essersi giovato dell'errore altrui per ricevere o ritenere indebitamente la cosa⁸⁵. La realizzazione del

⁸⁴ Cass. Pen., sez. VI, 14 settembre 2007, Incarbone, *CP* 2008, 2888; Cass. Pen., sez. VI, 4 marzo 2003, Miniscalco, *RP* 2003, 501 ; Cass. Pen., sez. VI, 17 gennaio 1989, Mandozzi, *CP* 1990, 833.

⁸⁵ In dottrina: SCORDAMAGLIA, 645; SEGRETO – DE LUCA, 139. In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 18 maggio 1984, Fresu, *CP* 1985, 1571, dove in tema di analisi differenziale fra peculato mediante profitto dell'errore altrui e truffa si afferma che queste fattispecie abbiano come elemento costitutivo comune la circostanza che il possesso della cosa oggetto di appropriazione sia conseguente all'errore altrui cagionato, nel caso della truffa, dalla condotta del reo che induca in errore, mentre nel peculato d'uso questo è cagionato dalla diversa realtà che il reo ometta di far rilevare e da cui tragga profitto. Se la cosa è invece legittimamente in suo possesso, ed egli se ne appropri, si verte nella ipotesi di reato di peculato.

peculato mediante profitto dell'errore altrui richiede altresì che l'errore sia spontaneo e non determinato dall'agente⁸⁶; inoltre, deve cadere sull'*an* o sul *quantum debeatur*, non già sul pubblico ufficiale competente per la riscossione⁸⁷.

10. L'omessa consegna o deposito di cose del fallimento (art 230 l. fall.).

L'art 230 l. fall. disciplina il fatto dell'omessa consegna o deposito di cose nel fallimento in questi termini:

Art. 230.

Omessa consegna o deposito di cose del fallimento.

- 1. Il curatore che non ottempera all'ordine del giudice di consegnare o depositare somme o altra cosa del fallimento, ch'egli detiene a causa del suo ufficio, è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa fino a euro 1.032.*
- 2. Se il fatto avviene per colpa, si applica la reclusione fino a sei mesi o la multa fino a euro 309.*

Caratteristica distintiva delle due fattispecie è la necessaria presenza, nel peculato, dell'*interversio possessionis*⁸⁸. Per chiarire, il reato di cui all'art 230 l. fall.

⁸⁶ Cass. Pen., Sez. VI, 24 luglio 1980, Papette, *CP* 1981, 2005.

⁸⁷ Cass. Pen., sez. VI, 13 ottobre 1992, Vassena, *CP* 1994, 1855, dove si afferma che se l'errore cade sul soggetto, ed il denaro viene versato al pubblico ufficiale incompetente, costui incorre comunque nel reato di cui all'art 314 c.p., indipendentemente da chi o che cosa abbia determinato l'errore.

⁸⁸ In dottrina: SEGRETO – DE LUCA, 141. In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 13 gennaio 2011, n.670, *DeJure*; Cass. Pen., sez. VI, 13 dicembre 2006, Lorusso, *Gdir* 2007, n.5, p. 54, che definisce il momento consumativo del peculato su somme di denaro nel quando l'agente si "appropria" della somma, indipendentemente dalla scadenza del rendiconto; Cass. Pen., sez. VI, 20 ottobre

consiste nella semplice omessa consegna o mancato deposito, da parte del curatore, del denaro o di altra cosa del fallimento, senza che su di essi si compiano atti di appropriazione, rimanendo invariato l'*animus possidendi*; nel peculato si ha una vera appropriazione del bene sottoposto a procedura fallimentare, esercitando su di esso atti dispositivi o di godimento *uti dominus*. La *ratio* dell'art 230 l. fall. è quella di estendere la tutela penale ad una dimensione in cui, seppure non si sia ancora manifestata una condotta appropriativa, vengono tuttavia compiuti atti che possono costituirne il presupposto⁸⁹.

11. Il peculato militare (art 215 c.p.m.p.).

Il codice penale militare di pace disciplina il peculato nei seguenti termini:

Art. 215. Peculato militare.

Il militare incaricato di funzioni amministrative o di comando, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso di denaro o

1992, Marcheschi, *Mass. Cass. Pen.*, 1993, 7, 48. Molto chiaro sul punto, nella giurisdizione di merito, è Corte d'appello di Catanzaro, sez. I, sent. 7 gennaio 2008, n. 1814, *Gdir* 2008, 90, dove si afferma che la differenza fra i due reati in esame (art 314 c.p. e art 230 l. fall.) va ravvisata nella c.d. *interversio possessionis* del denaro in questione, essendo fondamentale, a fini distintivi, valutare il tempo trascorso fra il ricevimento delle somme e la messa in disposizione delle stesse e rilevando al contempo anche la spontaneità o meno del successivo, intempestivo versamento. Nel caso di specie, la Corte ha condannato per peculato (e non per il reato ex art 230 l. fall.) il curatore fallimentare che, per effetto di talune vendite, o a seguito della stipula di atti di transazione, abbia ricevuto in più soluzioni somme di denaro versandole su un libretto intestato alla procedura fallimentare soltanto a distanza di diversi anni e comunque dopo il disvelamento della sua inadempienza, in violazione dell'art 34 l. fall., che indica in cinque giorni il termine perentorio per provvedervi.

⁸⁹ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 346.

di altra cosa mobile, appartenente all'amministrazione militare, se l'appropria, è punito con la reclusione da due a dieci anni.

Fra gli elementi differenziali dal peculato comune spiccano la particolare qualità del soggetto attivo, nonché l'oggetto materiale della condotta⁹⁰. Nel peculato comune, il soggetto attivo deve essere un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio, mentre in quello *ex art 215 c.p.m.p.* occorre possedere la qualità di militare con funzioni amministrative o di comando. Riguardo l'oggetto materiale della condotta, nel peculato comune l'azione deve consumarsi sul denaro o sull'altra cosa mobile di cui sia titolare un privato o la pubblica amministrazione, per il peculato militare l'appropriazione si realizza sul denaro o sull'altra cosa mobile appartenente all'amministrazione militare.

11. Il falso in atto pubblico (art 476 c.p.).

La giurisprudenza ritiene che sia ben prospettabile un concorso di reati fra peculato e falso in atto pubblico, pur se tale seconda fattispecie si stata realizzata al fine di peculato, poiché i reati si collegano a due condotte distinte, che si consumano in ambiti temporali diversi. Il delitto di cui all'art 476 c.p., infatti, si consuma nel momento in cui è completato l'atto falso; questo implica che, al momento in cui lo stesso agente utilizza quell'atto falso per conseguire il possesso del denaro o dell'altra cosa mobile, ponendo in

⁹⁰ MANZINI, 118; SCORDAMAGLIA, 655; SEGRETO – DE LUCA, 140.

essere la diversa condotta peculativa, l'azione collegata al precedente delitto si è già totalmente esaurita⁹¹.

⁹¹ Il principio vale anche se l'ordine cronologico in cui sono commessi i delitti s'inverte, come si può notare da Cass pen., sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 23777, *DeJure*, secondo cui la condotta del dipendente di un ente ospedaliero pubblico che prima sottrae denaro dalla cassa, poi tenta di nascondere l'ammancio facendo risultare contabilmente l'avvenuto rimborso di tickets sanitari a vari cittadini per prestazioni non eseguite. Altra giurisprudenza, più risalente: Cass. Pen., sez. III, 11 maggio 1965, Stefanelli, *GP* 1966, II, c.83; Cass. Pen., sez. VI, 28 settembre 1999, Amendolagine, *Gdir* 1999, n.45, p.80, che ha ritenuto colpevoli dei reati di cui agli artt 81, 314 e 479 due dipendenti dell'ufficio tecnico di un comune per essersi appropriati di quella parte di denaro (di cui avevano la disponibilità) corrispondente alla sovrapproduzione di alcuni lavori; Cass. Pen., sez. VI, 10 ottobre 2000, Baldassarre, *Fambr* 2001, 12, dove si afferma che il pubblico ufficiale che, nell'esercizio delle sue funzioni, forma uno o più atti falsi, utilizzando, a tale scopo, mezzi della p.a., risponde del solo delitto di falsità in atto pubblico, perché in ciò si esaurisce il nucleo essenziale ed assorbente della sua condotta; non è configurabile anche il delitto di peculato, in relazione al materiale e agli strumenti di cui illecitamente si è servito, difettando, a quest'ultimo proposito, o gli estremi della appropriazione, intesa come sottrazione della cosa alla possibilità di godimento e di disposizione da parte della p.a., o l'oggetto stesso dell'appropriazione, a causa della totale mancanza o dell'estrema esiguità della cosa.

CAPITOLO VII

IL PECULATO D'USO

1. La riforma, la struttura, le problematiche.

L'inserimento del peculato d'uso è una delle più importanti modifiche che il legislatore ha apportato alla struttura della fattispecie di peculato con la legge 86/1990. Nello specifico, al secondo comma dell'art 314 c.p., si dispone che:

“Si applica la pena della reclusione da sei mesi a tre anni quando il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa, e questa, dopo l'uso momentaneo, è stata immediatamente restituita”.

Benché l'intervento riformatore sia di notevole rilevanza, il legislatore non ha comunque introdotto la fattispecie *ex novo*, poiché sulla configurabilità del peculato per uso momentaneo seguito da immediata restituzione si erano già pronunciate in passato dottrina¹ e giurisprudenza; possiamo dire che il peculato d'uso è nato dalla prassi applicativa nelle aule dei tribunali. La fattispecie era tracciata focalizzandosi sulla diversa natura dell'oggetto materiale della condotta: l'utilizzo di cose fungibili comportava sempre l'applicazione dell'art 314 c.p., condannando il reo per peculato *sub specie* di

¹ Per ogni riferimento alla dottrina antecedente la riforma, si rinvia a SEMINARA, *CB*, 756; CAGLI, 346; BENUSSI IN DOLCINI – MARINUCCI, 323; CUPELLI IN FIORE, 60.

distrazione². L'utilizzo di beni infungibili comportava conseguenze diverse a seconda che tale condotta fosse stata *materiale* o *giuridica*. Non si applicava mai l'art 314 c.p.³ alle ipotesi di uso *materiale*, che ricorrono quando l'agente tiene una condotta che si risolve in uno sfruttamento meramente momentaneo ed eccezionale della cosa, che non intacca il valore patrimoniale della stessa né pregiudica il normale funzionamento della pubblica amministrazione; riemergeva la punibilità per peculato comune⁴ per le condotte di uso *giuridico*, poiché queste si atteggiavano alla stregua di un utilizzo della cosa, di cui l'agente ha la disponibilità per la ragione del suo ufficio o servizio, per finalità private o comunque estranee da quelle della pubblica amministrazione, determinando un pregiudizio funzionale a carico dell'amministrazione di appartenenza.

Dall'assetto che si è appena tracciato, emerge un vero e proprio arbitrio interpretativo, che generava una pericolosa incertezza applicativa, cui il legislatore ha dovuto porre rimedio attraverso la codificazione della fattispecie. Più nello specifico, si è voluto rispondere a due ordini di esigenze⁵: innanzitutto, eliminare ogni incertezza applicativa sulla rilevanza penale del peculato d'uso,

² Cass. Pen., sez. VI, 30 ottobre 1989, Ardan, *RP* 1989, 679, dove si ritiene che il peculato d'uso sia punibile solo se commesso su cose, la cui utilizzazione ne comporti l'uso o la distruzione, ne consegue che l'utilizzo dell'autovettura di servizio fuori dal percorso stabilito per fini pubblici e per il perseguimento di fini privati dell'agente, poiché determina consumo di carburante, olio e usura del mezzo, integra l'ipotesi di cui all'art 314 c.p.; Cass. Pen., sez. VI, Collorafi, *RP* 1990, 501; Cass. Pen., sez. VI, 7 giugno 1989, Regio, *RP* 1991, 212.

³ PACILEO, 75.

⁴ Cass. Pen., sez. VI, 2 marzo 1990, Della Torre, *CP* 1991, 73, con nota di PACILEO; Cass. Pen., sez. VI, 28 novembre 1988, Di Meglio, *RP* 1989, 699 Cass. Pen., sez. VI, 27 maggio 1989, Berti, *RP* 1990, 310.

⁵ BENUSSI IN DOLCINI – MARINUCCI, 323; FIANDACA – MUSCO, *PtS* I, 196; Cupelli in Fiore, 61. Per ARIOLLI – GIZZI, 2014, la ragione che ha indotto il legislatore ad introdurre la fattispecie di peculato d'uso è evitare un'utilizzazione impropria dei beni della pubblica amministrazione.

cancellando gli arbitrii ermeneutici cui era pervenuta la giurisprudenza che abbiamo analizzato; in secondo luogo, mitigare il trattamento sanzionatorio in ragione del minor disvalore del fatto.

Per la creazione della fattispecie di cui all'art 314, comma 2, il legislatore ha preso come modello lo schema del furto d'uso, disciplinato all'art 626 n.1 c.p.⁶, secondo cui:

“Si applica la reclusione fino a un anno ovvero la multa fino a euro 206, e il delitto è punibile a querela della persona offesa:

1) se il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa sottratta, e questa, dopo l'uso momentaneo, è stata immediatamente restituita”.

Dalla lettura delle due norme, emergono immediatamente i punti in comune: il dolo specifico (la finalità ulteriore di usare momentaneamente la cosa; tale impostazione è criticata al §5), l'uso momentaneo della cosa e l'immediata restituzione dopo l'uso⁷; la differenza fra le due fattispecie è che nel peculato d'uso il funzionario ha già il possesso o comunque la disponibilità del bene, per la ragione del suo ufficio o servizio⁸.

Alla luce di quanto detto, si concorda con chi ritiene estendibili al peculato d'uso gli effetti della sentenza della

⁶ L'art 626 c.p. prevede tre autonome specie di furto, che si distinguono da quello comune per la particolare tenuità soggettiva e oggettiva; la scelta nel Codice Rocco di prevedere queste forme attenuate di furto (totalmente assente nel codice Zanardelli) è una pura scelta di politica criminale, per il particolare atteggiarsi dell'elemento soggettivo o per il minor disvalore sociale che ha la cosa; per approfondimenti, si rinvia a PISANI A. La scelta del legislatore, comunque, è stata criticata da PALAZZO – TARQUINI, 5, lamentando che il legislatore non abbia tenuto conto del diverso rapporto strutturale fra l'uso e le condotte – base delle due fattispecie, per cui ne è derivato un art 314 c.2 c.p. che ha creato non pochi problemi di ordine sistematico.

⁷ CAGLI, 346; CUPELLI IN FIORE, 61.

⁸ SEMINARA, CB, 756.

Corte Costituzionale n. 1085/1988⁹, che dichiara costituzionalmente illegittimo l'art 626 n.1 c.p., nella misura in cui non consente l'applicazione della disciplina prevista quando la mancata restituzione della cosa sottratta sia dipesa da caso fortuito o forza maggiore, poiché viola l'art 27, comma 1 Cost.; per la dottrina sarà quindi configurabile il delitto di cui all'art 314, comma 2 c.p. (e non il più grave peculato comune), quando l'agente sia nell'impossibilità di restituire il bene per caso fortuito o forza maggiore¹⁰.

Benché le posizioni siano condivise in dottrina e giurisprudenza, sul punto comunque grava il silenzio del legislatore; a tal proposito, la Corte costituzionale si è trovata recentemente¹¹ ad affrontare la specifica questione di legittimità dell'art 314, comma 2 c.p., nella parte in cui non estende al peculato d'uso le ipotesi in cui la mancata restituzione sia dovuta a caso fortuito o forza maggiore, sottoponendola così al più grave regime di peculato comune e violando il principio di personalità della responsabilità penale, previsto all'art 27, comma 1 Cost. Purtroppo non c'è stata una pronuncia sul punto¹² e si è lasciata aperta la questione (sollevata dal giudice rimettente) della necessità

⁹ Sent. Cost., 13 dicembre 1988, n. 1085, CP 1989, 758, con nota di PISANI A., *"Brevi note in tema di furto d'uso"*.

¹⁰ FIANDACA – MUSCO, PtS I, 197; BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 324; SEMINARA, CB, 757; FORNASARI in BONDI – DI MARTINO – FORNASARI, 128, che evidenzia il silenzio legislativo sul punto in materia di peculato d'uso.

¹¹ Corte Costituzionale, ordinanza n. 287/2011, *Giurisprudenza Costituzionale*, 2011, 4073, con nota di GATTA G.L., *"La Corte Costituzionale e il peculato d'uso del custode del veicolo sottoposto a sequestro amministrativo: concorso di norme e principio di colpevolezza"*.

¹² Il ricorso è stato dichiarato manifestamente inammissibile per vizio di motivazione, perché *"il giudice rimettente avrebbe dovuto verificare se anche rispetto al peculato l'illecito amministrativo previsto dall'art 213 c. strada possa essere considerato speciale"* (poiché tale norma è speciale all'art 334 c.p., che tuttavia il giudice rimettente ha ritenuto non applicabile al caso di specie, n.d.r.), *con la conseguenza che solamente questa disposizione dovrebbe trovare applicazione nel caso concreto"*.

di una pronuncia costituzionale¹³ per dichiarare applicabile il principio affermato in sede di furto d'uso anche per il peculato d'uso. Pur non sussistendo, come abbiamo appena visto, una specifica pronuncia della Consulta sulla legittimità dell'art 314, comma 2 c.p., nella parte in cui non estende a tale fattispecie le ipotesi in cui la mancata restituzione sia dovuta a caso fortuito o forza maggiore, si ribadisce, comunque, che una lettura costituzionalmente orientata della norma in esame non possa fare a meno di ritenere applicabile anche in questi casi il principio affermato dal Giudice delle leggi nel 1988.

Dal punto di vista oggettivo, il peculato d'uso sanziona chi ha fatto utilizzo momentaneo della cosa, restituendola immediatamente; tale comportamento è caratterizzato dalla presenza di due requisiti¹⁴: la momentaneità e l'immediatezza. Per quel che riguarda il primo elemento, dottrina¹⁵ e giurisprudenza¹⁶ sono concordi nel ritenere che "uso momentaneo" debba intendersi non come "istantaneo", bensì come temporaneo, *"ossia protratto per un tempo limitato, così da comportare una sottrazione della cosa alla sua destinazione istituzionale tale da non compromettere seriamente la funzionalità della pubblica amministrazione"*¹⁷. Anche se l'aggettivo deve intendersi in

¹³ Pronuncia la cui necessità si era sentita anche in passato, per colmare questa grossolana svista del legislatore, in particolare si cita Cass. Pen., sez. VI, 16 gennaio 1995, Baldi, *DPP*, 1995, 573, con nota di PISA, che condivide quest'esigenza di allineamento delle discipline dell'art 314 c.2 c.p. con il 626 n.1 c.p.

¹⁴ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 327; CUPELLI in FIORE, 64 ss.; CAGLI, 346 ss.; PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 87; SEGRETO – DE LUCA, 129; PALAZZO – TAQRUINI, 6.

¹⁵ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 327; SEGRETO – DE LUCA, 129; ROMANO, 43.

¹⁶ Cass. Pen., sez. VI, 1 febbraio 2005, Triolo, *CP* 2006, doc. 18; Cass. Pen., sez. VI, 10 marzo 1997, Federighi, *GP* 1998, II, c. 21.

¹⁷ Cass. Pen., sez. VI, 10 marzo 1997, Federighi, *GP* 1998, II, c. 21, fattispecie relativa al caso di veicolo sottratto all'amministrazione militare usato per il tempo necessario a raggiungere una vicina riserva di caccia e subito restituito.

senso restrittivo, non si esclude che, in relazione ai singoli beni oggetto della condotta, possano aversi diverse misurazioni del tempo minimo necessario per procurare una qualche compressione delle utilità della p.a. o del privato, con la conseguenza che se l'uso si protrae per un periodo inferiore, allora svanirà l'illecito (penale)¹⁸.

In secondo luogo, l'uso deve essere "immediato"¹⁹; questo implica che la condotta debba realizzarsi in un momento immediatamente successivo alla sottrazione dalla sua destinazione originaria e l'utilizzo non possa prolungarsi o dilazionarsi nel tempo, altrimenti il fatto dovrà essere sanzionato come peculato comune²⁰.

Anche nel peculato d'uso è fondamentale che la condotta realizzi una violazione del vincolo pubblicistico che lega la cosa alla funzione o servizio, propri dell'agente,

¹⁸ ROMANO, 2013, 44; BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 324, secondo cui, leggendo la norma in chiave costituzionale, in termini di offensività della condotta, il reato deve ritenersi integrato solo se l'uso della cosa abbia compromesso in modo apprezzabile l'utilizzo della cosa da parte del legittimo proprietario, per cui se l'agente ha restituito la cosa senza provocare un danno patrimoniale apprezzabile, allora la condotta non sarà penalmente rilevante e l'agente potrà, nel caso, rispondere in sede disciplinare; l'A. riporta il caso del pubblico funzionario che, in occasione di una festa privata, adorni il suo salotto con un quadro dell'ufficio e all'indomani proceda alla sua restituzione.

¹⁹ In dottrina: BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 328; SEGRETO – DE LUCA, 129; PISA, 576. In Giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 16 gennaio 1995, Baldi, *DPP*, 1995, 573, con nota di PISA, *CP* 1996, 1809; Cass. Pen., sez. VI, 26 febbraio 1993, Marcheschi, *GP* 1993, II, c. 694; Cass. Pen., sez. VI, 4 dicembre 1991, Della Corina, *Giur. It.*, 1993, II, c. 239, con nota di DITO, M.G., "*Sul peculato d'uso non momentaneo*", secondo questa sentenza rileva *ex art* 314, comma 2 c.p. solo quell'uso che sia "momentaneo", tanto nelle intenzioni quanto nel comportamento dell'agente, mentre le altre utilizzazioni sono punite dal primo comma dello stesso articolo.

²⁰ La posizione non ha riscosso consenso unanime in dottrina: DITO, c. 239, ritiene che l'uso prolungato di un bene possa rientrare nell'art 323 c.p. (all'epoca nella sua seconda formulazione), laddove presenti gli elementi costitutivi richiesti; PALAZZO in PADOVANI, 31, rileva le difficoltà applicative della distinzione cronologico – quantitativa fra uso immediato e prolungato, rilevando inoltre l'eccessiva sproporzione sanzionatoria che intercorre fra una condotta di utilizzo momentaneo, punita *ex art* 314, comma 2, e quella di uso prolungato, punita alla stregua del comma 1, anche questo autore è dell'idea che l'uso prolungato debba rientrare nell'abuso d'ufficio *ex art* 323 c.p. Altre critiche in dottrina sono state avanzate da CUPELLI in FIORE, 65 e da MAUGERI, 722.

nel senso che la condotta dovrà essere finalizzata al raggiungimento di finalità private; a tal proposito si è pronunciata la Corte di Cassazione²¹, riguardo l'uso dell'auto di servizio in difetto delle condizioni che ne prevedono l'autorizzazione fuori dall'ambito comunale, rimanendo comunque nell'ambito della sua destinazione giuridica. Nel caso di specie la Suprema Corte ha deciso della condotta del magistrato che, in qualità di presidente del tribunale, utilizzava l'auto di servizio esclusivamente per il percorso casa – ufficio, pur trattandosi di percorsi extra – comunali in quanto le abitazioni del magistrato erano poste fuori dal comune in cui aveva sede l'ufficio. Tale pronuncia ha limitato la rilevanza penale nell'ambito dell'utilizzo improprio della “cosa” (nel caso di specie, delle vetture di servizio) alle sole ipotesi in cui difetti completamente una ragione di servizio, esulando dall'applicazione del secondo comma dell'art 314 c.p. la condotta che, pur violando i limiti interni di utilizzo del bene, fissati per esigenze di funzionalità ed organizzazione in un determinato settore, comunque non recide il legame con il vincolo finalistico di diritto pubblico, collegato alle competenze (*lato sensu* considerate) dell'agente.

La codificazione del peculato d'uso, per razionalizzare e mitigare la risposta sanzionatoria verso condotte che sono nettamente meno gravi del peculato comune, ha riscontrato un generale consenso in dottrina, pur non mancando posizioni che hanno manifestato la loro

²¹ Cass. Pen., sez. VI, 20 giugno 2003, Grassi, *CP* 2004, 1626, con nota di ACETO – DE AMICIS, “Auto “blu” e peculato: le esigenze di servizio escludono l'*interversio possessionis*”; l'argomento è stato affrontato anche prima della riforma, Cass. Pen., sez., VI, 2 marzo 1990, Della Torre, *CP* 1991, 73, con nota di PACILEO “*Peculato e limiti all'uso di beni della p.a.*”; la S.C. afferma che in tema di peculato il limite dell'uso legittimo dell'autovettura di Stato da parte di qualche funzionario è nel divieto assoluto dell'utilizzazione per motivi personali e privati;

perplexità²², gettando le basi per l'attuale dibattito sull'essenza stessa della fattispecie in esame, che approfondiremo nei prossimi paragrafi. In particolare, un punto di vista autorevole²³ si mostra insoddisfatto dell'operato del legislatore, per due motivi. In primo luogo, il presunto rafforzamento della tutela perseguito con la modifica normativa, si risolverebbe nel *“colpire fatti spesso di minima gravità e talvolta qualificabili in termini più di malcostume che di offensività penale”*²⁴; anche dopo la riforma si sono presentate le stesse problematiche riguardanti la corretta identificazione dell'oggetto materiale della condotta, nel senso della prospettabilità del peculato d'uso anche per i beni determinati solo nel genere, oppure limitato ai soli beni infungibili. Il fatto che tali riflessioni abbiano come punto di riferimento un dato normativo e non una mera prassi applicativa è però un segnale che il legislatore avrebbe dovuto impostare il suo intervento in un modo che davvero assolvesse alla funzione chiarificatrice e mitigatrice che si era prefissato. In secondo luogo, si rilevano i problemi di coordinamento fra il primo e il secondo comma dell'art 314 c.p.; si apre così il problema della compatibilità logica fra le condotte di appropriazione e uso cui si ricollega, sebbene parzialmente, l'altra questione sulla natura circostanziata o autonoma del peculato d'uso rispetto a quello comune.

²² PALAZZO in PADOVANI, 27 ss.; SEMINARA, CB, 756.

²³ PALAZZO in PADOVANI, 27 ss.

²⁴ Si pone in posizione critica rispetto a quest'osservazione, GUIDI, 2007, 189 ss., secondo cui la problematica sollevata da Palazzo è solo in parte riconducibile al legislatore, concorrendo in modo rilevante a tali distorsioni applicative soprattutto la rigidità e l'intransigenza della giurisprudenza, come vedremo più avanti (*infra*, §2)

2. La *querelle* sull'oggetto materiale della condotta.

È fondamentale definire chiaramente quale sia l'oggetto materiale della condotta nel peculato d'uso; gli orientamenti che si sono espressi sul punto sono due. Il primo^{25 26}, maggioritario e radicato nell'intransigenza della giurisprudenza antecedente la riforma^{27 28}, ritiene che il

²⁵ In dottrina: PAGLIARO – PARODI – GIUSINO, PtS I, 89; LO FORTE, 87; CAGLI, 347; SEGRETO – DE LUCA, 125. Si specifica comunque che è ben possibile realizzare peculato d'uso su beni fungibili, allorché vengano considerati come cose di specie (ad es., ci si appropria di una somma di denaro individuata nelle varie banconote e, dopo l'uso momentaneo, vengano restituite le stesse banconote).

²⁶ In giurisprudenza, fra le pronunce più recenti, che mantengono l'intransigenza caratteristica delle pronunce antecedenti la riforma Cass. Pen., Sez. VI, 25 novembre 2010, Vaccarella, *Gdir* 2011, n.16, 72, dove si afferma il principio per cui il peculato d'uso può avere ad oggetto solo cose di specie (infungibili) e non di quantità, come il denaro, perché con riferimento a quest'ultime non sarebbe possibile la restituzione dell'*eadem res* ma solo del *tantundem*, che è irrilevante al fine dell'integrazione del peculato d'uso: si ritiene, inoltre, che ciò sia confermato dal dato letterale del comma 2 dell'art 14 c.p., ove il peculato d'uso è delineato in relazione ai casi di uso momentaneo della cosa mobile, senza fare alcun riferimento al denaro, come invece avviene nel comma 1 dello stesso articolo; Cass. Pen., sez. VI, 6 luglio 2009, Severi, *RP* 2010, 1057, dove si condanna per peculato *ex art* 314, comma 1 c.p. il cassiere comunale che si appropria di una somma di denaro, che subito dopo l'inizio di una verifica ispettiva ne ha riversato il medesimo importo, dapprima, con un assegno appartenente ad una terza persona, risultato tuttavia scoperto, e solo successivamente con un assegno a buon fine tratto dal proprio conto corrente; Cass. Pen., sez. VI, 10 agosto 2009, n. 32373, *DeJure*; Cass. Pen., sez. VI, 23 gennaio 2003, Ferrari, *RP* 2004, 133; Cass. Pen., sez. VI, 8 novembre 2002, Cacciapaglia, *Gdir*, 2002, n.3, p. 79; Cass. Pen., sez. VI, 12 luglio 2000, Del Prete, *Gdir*, n.8, p.125; Cass. Pen., sez. VI, 3 maggio 1996, Galdi, *RP* 1997, 240; Cass. Pen., sez. VI, 26 agosto 1997, Dezzutti, *CP* 1999, 528; Cass. Pen., sez. VI, 26 febbraio 1993, Marcheschi, *GP* 1993, II, c. 694; Cass. Pen., se. VI, 29 novembre 1991, Bulgari, *CP* 1993, 1132; Cass. Pen., sez. VI, 4 giugno 1992, Solini, *RP* 1993, 514.

²⁷ Cass. Pen., sez. VI, Collorafi, *RP* 1990, 501; Cass. Pen., sez. VI, 5 novembre 1969, Longobardi e altri, *CPM* 1970, 1501, secondo cui anche nell'ipotesi di peculato per distrazione (in riferimento al vuoto di cassa) non ha alcun valore discriminante la volontà del pubblico ufficiale di restituire né l'eventuale effettiva restituzione, così com'è irrilevante che non sia ancora verificata la scadenza del rendiconto perché l'obbligo del pubblico ufficiale di rispondere in ogni momento della somma affidata esclude la necessità di costituzione in mora. Sussiste la distrazione quando viene data al denaro o alla cosa mobile una destinazione diversa da quella fissata dalla pubblica amministrazione cui appartiene, operandosi in tal caso una deviazione dallo scopo che la stessa pubblica amministrazione intende raggiungere; Cass. Pen., sez. VI, 28 marzo 1968, Vasilotta, *CPM* 1969, 1517; Cass. Pen., sez. III, 12 dicembre 1958, Cigaina, *GP* 1959, II, c. 397.

²⁸ In dottrina FORNASARI IN BONDI – DI MARTINO – FORNASARI, 128, ricorda che nel periodo antecedente la riforma, quando ancora la legge non parlava di peculato d'uso, si era formato un orientamento giurisprudenziale per cui non era punibile la

peculato d'uso possa avere ad oggetto solo cose di specie, cosicché per l'utilizzo di beni fungibili (soprattutto il denaro), dovrebbe applicarsi la fattispecie di peculato comune; l'orientamento poggia su tre motivazioni. Facendo leva su un argomento letterale si osserva che il legislatore, da un lato, ha utilizzato il termine neutro "cosa" invece del riferimento al denaro o all'altra cosa mobile del primo comma, con la precisa intenzione di delimitare l'applicabilità dell'art 314, comma 2 c.p.; dall'altro lato ha impiegato il pronome "questa" per indicare che l'agente dovesse restituire proprio quella cosa. In secondo luogo (e di conseguenza), per le cose fungibili dopo l'uso non è mai possibile la restituzione dell'*eadem res* ma solo del *tantundem*, cioè della stessa tipologia e quantità del bene utilizzato. In terzo luogo, si richiamano i lavori preparatori della riforma, dove si stabilisce espressamente che "*è introdotta, al 2° comma, la nuova ipotesi di peculato d'uso, il che rende possibile non solo superare problemi interpretativi circa il peculato (d'uso) di denaro, ma anche sanzionare penalmente il peculato da parte dei consegnatari di specie*"²⁹.

Il secondo orientamento, minoritario³⁰, ritiene che sia ben possibile applicare il secondo comma dell'art 314 c.p.

condotta di appropriazione o distrazione temporanea di cosa infungibile, a meno che non ne venisse violato il vincolo di destinazione (irrilevanza del c.d. *uso materiale*), punendo a titolo di peculato, invece, l'uso anche momentaneo di cose di genere, come il denaro. Sulla diversa impostazione giurisprudenziale in tema di utilizzo materiale o giuridico del bene infungibile prima della riforma, si rinvia a quanto detto al §1.

²⁹ *Relazione On. Battello*, in IADECOLA, 150.

³⁰ In dottrina, PALAZZO in PADOVANI, 29; ROMANO, 2013, 42; PECCIOLI, 479; FORNASARI in BONDI – DI MARTINO – FORNASARI, 128 ss. In giurisprudenza, Cass. Pen., sez. VI, 19 aprile 1995, Greco e altri, *CP* 1996, 1443, dove si afferma che il peculato d'uso è configurabile anche per le cose di genere e quindi anche in riferimento al denaro, perché la norma non pone alcuna distinzione fra i tipi di "cosa", inoltre la condotta appropriativa in essa configurata è per intero motivata dal peculato ordinario che può avere ad oggetto anche beni fungibili; perché si

anche per l'appropriazione di cose fungibili e, soprattutto, del denaro, pertanto non vi sarebbe alcuna differenza fra l'oggetto materiale del peculato comune e d'uso; a tal proposito si avanzano due motivazioni. In primo luogo, si sfrutta l'argomento letterale per giungere a conclusioni totalmente opposte rispetto a quelle dell'orientamento maggioritario; si sostiene che il legislatore, mosso da esigenze di economia espositiva, nel redigere il secondo comma dell'art 314 c.p. abbia descritto gli elementi costitutivi del peculato d'uso solo *per relationem* e con espressioni di sintesi, basti pensare al fatto che ha ommesso ogni riferimento alla qualificazione della cosa come "mobile" ed al suo essere "altrui". In secondo luogo, si argomenta in base ad una lettura costituzionalmente orientata della norma; l'impostazione in esame sottopone il diverso trattamento sanzionatorio riservato dalla giurisprudenza maggioritaria al vaglio dei principi di ragionevolezza ed equità³¹. Ci si chiede, in particolare, se sia giustificabile punire in modo assai diverso una medesima condotta solo perché si consuma su oggetti materiali di diversa natura; a tal proposito, non si ravvisa un disvalore maggiore nell'appropriazione di beni fungibili, immediatamente seguiti dalla restituzione del *tantundem*, pertanto in queste ipotesi è pacifica l'applicazione del secondo comma dell'art 314 c.p. Il divario sanzionatorio fra peculato comune e peculato d'uso è tale, per cui non può farsi dipendere la diversa applicazione dei due commi da un confine così labile e relativo come quello dell'oggetto

realizzi tale ipotesi criminosa peraltro è necessario che l'agente subito dopo l'uso ponga in essere immediatamente l'attività diretta a procurarsi il denaro ed per quindi la restituzione senza soluzione di continuità.

³¹ L'argomento è assolutamente centrale per FORNASARI IN BONDI – DI MARTINO – FORNASARI, 128 ss.

materiale di condotte che sono sostanzialmente equivalenti, tanto sul piano del disvalore, quanto su quello dell'effettiva lesione degli interessi della p.a. e del privato.

Definire chiaramente quale sia l'oggetto materiale della condotta d'uso è fondamentale e, come abbiamo visto, comporta implicazioni assai rilevanti sul piano sanzionatorio. Sulla base degli orientamenti che sono stati analizzati, è opportuno che un'interpretazione davvero efficace della norma giuridica non faccia aprioristicamente riferimento alla tradizione giurisprudenziale che si è attestata su una particolare problematica, tantomeno si lasci convincere da una mera affermazione contenuta nei lavori preparatori che, ad avviso di chi scrive, non pare decisiva per interpretare il peculato d'uso in senso limitativo dell'oggetto della condotta; è più opportuno, invece, interpretare le norme alla luce dei parametri imposti dalla Costituzione per cui, nel caso concreto, l'art 314, comma 2 c.p. deve essere interpretato alla luce del principio di equità e ragionevolezza che promana dall'art 3 Cost. Dalla lettura costituzionalmente orientata della norma emerge chiaramente che, se due condotte si differenziano solo per la natura dell'oggetto materiale che coinvolgono, senza che questo determini una grande differenza nel disvalore, allora dovranno sottoporsi entrambe allo stesso trattamento sanzionatorio. Premesso ciò, si ritiene necessario applicare il secondo comma dell'art 314 c.p. a ogni tipo di uso rilevante, indipendentemente dalla natura della cosa che ne costituisce l'oggetto, poiché il disvalore intrinseco a tali condotte è pressoché equivalente, o comunque non si reputa che vi sia una differenza tale da giustificare un trattamento sanzionatorio draconiano per chi faccia uso di denaro o beni

mobili fungibili rispetto a chi utilizzi momentaneamente un bene specifico.

3. Il rapporto fra appropriazione e uso.

Un altro aspetto su cui si confrontano dottrina e giurisprudenza riguarda la relazione fra il primo e il secondo comma dell'art 314 c.p.; nello specifico, ci si chiede se la condotta d'uso sia ontologicamente compatibile con quella di appropriazione. I diversi modi con cui si risponde a quest'interrogativo introducono ad un'altra importantissima questione, riguardante la qualificazione giuridico – penale del peculato d'uso nei termini di fattispecie autonoma o di figura circostanziata attenuata, che tratteremo nel paragrafo successivo. Come per l'oggetto materiale della condotta, anche qui dottrina e giurisprudenza si attestano su due posizioni diverse.

L'orientamento maggioritario afferma che non possa esservi alcuna compatibilità ontologica fra appropriazione e uso³²; muovendo da questo presupposto, si può anticipare che è inevitabile considerare il peculato d'uso una fattispecie autonoma rispetto al peculato ordinario. Le motivazioni su cui poggia la teoria sono tre: in primo luogo, si osserva che la condotta di uso, sia essa momentanea o

³² BARTOLI, 1442; BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 327; SEMINARA, *CB*, 756; PALAZZO – TARQUINI, 5 esclude ogni compatibilità fra appropriazione e uso, a meno che non si elabori una nozione di appropriazione in senso ampio, comprensiva anche della distrazione, mostrandosi però critico sul punto; si contraddice DINACCI in COPPI in quanto, da un lato, afferma l'ontologica incompatibilità fra appropriazione e uso, dall'altro però considera la figura disciplinata dall'art 314, comma 2 c.p. come una figura attenuata del peculato. In giurisprudenza, dove si è presa una posizione più nello specifico sulla natura circostanziata o autonoma del peculato d'uso rispetto a quello comune: Cass. Pen., sez. VI, 27 gennaio 1994, *Liberatore*, *GP* 1995, II, c. 401, dove si afferma che nel peculato d'uso, il fine perseguito dall'agente costituisce elemento specializzante, che impedisce di inquadrare il fatto nel concetto di "peculato" vero e proprio; Cass. Pen., sez. VI, 22 luglio 1992, *De Bortoli*, *CP* 1993, 444.

prolungata, difetta fin dal principio della volontà di espropriare o comunque deviare definitivamente³³ il bene dalla finalità pubblica cui è vincolato. In secondo luogo, esaminando il peculato d'uso da un punto di vista soggettivo, si osserva che l'espresso richiamo all'esclusivo scopo di usare momentaneamente la cosa riveli la mancanza di quell'*animus domini* che costituisce l'essenza della condotta appropriativa³⁴. In terzo luogo, si osserva che la restituzione della cosa non realizzi l'*interversio possessionis* richiesta dalla condotta appropriativa per la trasformazione del possesso in proprietà³⁵.

Il motivo che ha portato all'elaborazione di questa teoria, per precisare il reale rapporto che intercorre fra primo e secondo comma dell'art 314 c.p., risiede in una leggerezza del legislatore, che ha elaborato il peculato d'uso limitandosi a ricalcare pedissequamente l'art 626 c.p., non considerando che, in quest'ultimo caso, l'uso si aggiunge come elemento specificativo ad una sottrazione già realizzata, mentre alle medesime conclusioni non può pervenirsi in relazione all'art 314, comma 2 c.p. Nello specifico, autorevole dottrina ritiene che "*nel peculato*

³³ PALAZZO – TARQUINI, 5, che sottolineano la portata innovativa di questa caratteristica dell'uso, portandolo ad emanciparsi dall'appropriazione; FIANDACA – MUSCO, PTS I, 196 ss., che ritengono la condotta di uso più omogenea a quella distrattiva ed osservano che il peculato d'uso finisce col ricomprendere forme spurie di appropriazione che, in quanto più affini alla distrazione, intersecano un'area di tutela potenzialmente ricoperta dal nuovo delitto di abuso d'ufficio, questa posizione è comunque criticata da PALAZZO in PADOVANI, 30; BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 327 che si pronuncia in tema sull'inopportunità, per la descrizione di alcuni elementi del peculato d'uso, del rinvio implicito al primo comma dell'art 314 c.p.; nello stesso senso, pur riferendosi genericamente al fatto che i caratteri di un'appropriazione d'uso siano fin dall'inizio esclusi dall'uso momentaneo, SEMINARA, CB, 756.

³⁴ PALAZZO in PADOVANI, 30, dove si ripete che l'unico modo per far confluire l'uso nell'appropriazione è quello di elaborare un'accezione lata di appropriazione, comprensiva della condotta distrattiva, scelta che l'A., come abbiamo visto nelle note precedenti, non condivide.

³⁵ DINACCI in COPPI, 46

l'uso – temporaneo o prolungato – costituisce una particolare forma di manifestazione del comportamento criminoso, oltre tutto non riconducibile a rigore né all'appropriazione né alla distrazione, e quindi rispetto ad esse strutturalmente diverso: naturalmente finché l'uso non sia accompagnato da altri elementi che lo rendano totalmente incompatibile col potere di disposizione sulla cosa di cui il proprietario è titolare"³⁶; La conclusione di quest'impostazione è ritenere il delitto di peculato d'uso totalmente autonomo tanto dal peculato comune quanto dall'abuso d'ufficio. Altra parte della dottrina, pur sostenendo l'incompatibilità logica fra appropriazione e uso, ritiene invece che la figura di cui al comma 2 dell'art 314 c.p. sia più vicina all'art 323 c.p.³⁷

La tesi minoritaria³⁸ ritiene che fra appropriazione e uso sia prospettabile una compatibilità logica; le argomentazioni si sviluppano sul piano letterale, logico – sistematico e costituzionale. Secondo il primo punto di vista, si fa leva sulla descrizione del comma 2 dell'art 314 c.p. in termini neutri per rilevare le evidenti connessioni con la norma del primo comma; in particolare, utilizzare le parole "*il colpevole ha agito*" implica che il legislatore abbia inteso far riferimento alla condotta appropriativa descritta nel primo comma, rappresentando gli elementi costitutivi del peculato d'uso *per relationem*, secondo esigenze di economia espositiva (v. *retro*, §2). In base ad un argomento

³⁶ PALAZZO in PADOVANI, 32.

³⁷ Come detto prima, in nota, FIANDACA – MUSCO, PTS I, 196 ss.; DITO, 243.

³⁸ In dottrina: PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 88; GUIDI, 2007, 205 ss.; LUCIBELLO in D'AVIRRO, 121 ss.; BARTOLO in COPPI, 382; CAGLI, 341, che definisce espressamente il peculato d'uso come un peculato per appropriazione. In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 16 gennaio 1995, BALDI, CP 1996, 1809, dove si afferma che si ha non peculato d'uso, ma peculato comune, nel caso in cui *l'appropriazione* della cosa avviene per farne *un uso*, sia pure momentaneo, ma per il futuro (difettando il carattere dell'immediatezza); DE BELLIS, in CP 2009, 1015.

logico – sistematico, si afferma l’estraneità di ogni abusivo utilizzo del bene dal delitto di cui all’art 323 c.p., giacché il riferimento al “*colpevole*” deve riferirsi al peculato e non all’abuso d’ufficio, anche perché altrimenti non si spiegherebbe come mai il peculato d’uso sia stato inserito nell’art 314 c.p. e non nel 323 c.p., non potendosi sostenere la tesi della cattiva tecnica normativa. Anche se con la legge 190/2012 si è elevata la pena minima prevista per l’abuso d’ufficio³⁹, devono comunque considerarsi quelle posizioni che, attraverso una lettura costituzionalmente orientata delle norme, criticano i punti di vista che riconducono le condotte di uso prolungato e non momentaneo all’abuso d’ufficio piuttosto che al peculato⁴⁰. Sostenendo quest’impostazione, infatti, prima della riforma del 2012 si sarebbero sanzionate con il medesimo trattamento (da sei mesi a tre anni, sebbene per due reati diversi) delle condotte caratterizzate da un distinto grado di disvalore, ossia l’uso momentaneo seguito dall’immediata restituzione (rilevante *ex* art 314, comma 2 c.p.) e l’uso prolungato (rilevante *ex* art 323 c.p.). Da un tale orientamento era inevitabile che derivasse la lesione del principio di proporzionalità e ragionevolezza, previsto dall’art 3 Cost. (*v. retro*, §2).

L’impostazione della dottrina minoritaria considera l’uso come una manifestazione della condotta appropriativa⁴¹, per cui sarà rilevante ai fini dell’art 314 c.p. quella condotta che si estrinsechi nel momento

³⁹ Art 1, comma 71, legge 6 novembre 2012, n. 190, per approfondimenti si rinvia a quanto già detto al cap. VI, parte III, §7.

⁴⁰ DITO, 243; FIANDACA – MUSCO, PTS I, 196.

⁴¹ DE BELLIS, in *CP* 2009, 1015, afferma che nel peculato d’uso sussiste appropriazione, sia pure finalizzata all’uso momentaneo, e vi è perdita del possesso del bene da parte della persona offesa. In assenza di una condotta di appropriazione, non è configurabile neanche il peculato d’uso.

negativo (espropriazione) e positivo (impropriazione); il primo dovrà intendersi quale estromissione totale (anche se non necessariamente definitiva) del legittimo proprietario dal rapporto con la cosa, il secondo invece si realizzerà attraverso il compimento di atti dominicali incompatibili con l'interesse dell'avente diritto. Questo costrutto teorico è possibile perché si accetta una nozione lata di appropriazione, che si ritiene possa manifestarsi anche attraverso una condotta distrattiva e, quindi, anche attraverso l'utilizzo indebito del bene; è per questi motivi che, anche in ragione di quanto affermato nei capitoli precedenti sulla sorte della condotta distrattiva (Cap. IV, sez. III, § 11.2), si ritiene condivisibile la posizione di chi afferma la compatibilità strutturale fra uso e appropriazione, nel senso che le due condotte intercorre un rapporto di specialità unilaterale per specificazione.

4. La natura giuridico – penale del peculato d'uso.

Le riflessioni svolte sino a questo punto ci permettono di affrontare l'analisi della qualificazione giuridico - penale del peculato d'uso, nel senso di classificarlo come autonoma fattispecie di reato o come circostanza attenuante speciale del peculato comune; si ritiene, comunque, che a quest'esame debba precedere una premessa sul metodo e sulle implicazioni della corretta qualificazione di una fattispecie, in termini di circostanza o di reato autonomo.

Il legislatore del 1930 ha introdotto nel codice penale l'istituto delle circostanze; queste possono essere definite elementi "accidentali" o "accessori" del reato che, senza

influire sulla sua esistenza giuridica e senza condizionarne la punibilità, modificano tuttavia l'entità delle conseguenze, aggravandone o attenuandone la pena⁴². La funzione svolta dalle circostanze è duplice: da un lato, il legislatore si è adoperato per rendere quanto più possibile aderente al fatto la disciplina giuridica, riducendo il divario fra l'astrattezza della fattispecie normativa e la varietà delle "situazioni esistenziali" che ad essa si riconducono, consentendo un miglior adeguamento al caso concreto⁴³; dall'altro lato, si è sforzato di vincolare il potere discrezionale del giudice nella determinazione della pena⁴⁴. Pur riconoscendo l'importanza di tale scelta normativa, non passa inosservata una grande dimenticanza da parte del legislatore, giacchè è evidente l'assoluta assenza di validi criteri e specificazioni normative che delimitino con certezza gli elementi accidentali da quelli costitutivi del reato⁴⁵; possiamo concordare con l'autorevole dottrina che afferma: *"il problema più rilevante in cui è coinvolta la disposizione circostanziale è [...] rappresentato dalla sua stessa identificazione"*⁴⁶. Rinviano alle trattazioni specifiche per una completa analisi delle implicazioni pratiche del problema⁴⁷, in questa sede si utilizzeranno le

⁴² PADOVANI, 1988, 188; VALLINI in DE FRANCESCO, 2011, 2.

⁴³ GUERRINI, 1; PADOVANI, 2012, 251.

⁴⁴ PADOVANI, 2012, 251.

⁴⁵ GUERRINI, 3.

⁴⁶ PADOVANI, 1988, 193, confermata recentemente in PADOVANI, 2012, 249 ss.

⁴⁷ Per un'analisi delle varie conseguenze, PADOVANI, 1988, 194; più di recente, VALLINI in DE FRANCESCO, 2011, 3 e DE FRANCESCO, 2013, 4 ss. Fra le implicazioni della classificazione nell'uno o nell'altro senso della fattispecie giova comunque ricordare, sinteticamente, il particolare criterio d'imputazione delle circostanze (art 59 c.p.) e il fatto che le circostanze si ponderano fra loro, in base ad un giudizio di *"prevalenza o equivalenza"* (art 69 c.p.), cosicché è possibile che si abbia l'applicazione esclusiva delle aggravanti o delle attenuanti, oppure che si determini l'applicazione della *"pena che sarebbe inflitta se non concorresse alcuna di dette circostanze"*, nel caso in cui il giudice ritenga che le stesse abbiano una portata equivalente, annullandosi i loro effetti.

soluzioni ermeneutiche elaborate dalla dottrina per classificare opportunamente la fattispecie del peculato d'uso.

Preliminarmente, dobbiamo chiederci se sussista, e su chi eventualmente ricada, l'“onere della prova”⁴⁸; si deve stabilire se i due termini dell'alternativa siano assolutamente identici, ovvero se a favore di essi milita un criterio preferenziale per cui, in caso di dubbio o incertezza, si debba propendere per l'uno anziché l'altro. È condivisibile l'impostazione secondo cui, in mancanza di “prove”, debba propendersi per una qualificazione della fattispecie in termini di circostanza. Esaminando l'autorevole dottrina⁴⁹ che si pronuncia sul punto, i termini su cui si svolge il “dibattimento” devono riferirsi non solo al principio di legalità previsto dall'art 25, comma 2 Cost. (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*), ma anche a quello di determinatezza, per come emerge dalla lettura dello stesso articolo 25, comma 2 della Costituzione, in combinazione con l'art 1 c.p., secondo cui “nessuno può essere punito per un fatto che non sia *espressamente* preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano esse stabilite”⁵⁰. Il principio appena esposto è funzionale ad una strutturazione dell'indagine sulla natura di una fattispecie in questi termini: in primo luogo, si valuta se sia possibile applicare uno dei vari criteri

⁴⁸ PADOVANI, 1988, 195, criticato in giurisprudenza Cass. Pen., SSUU, 20 luglio 2002, Fedi, CP, 2002, 3368 e, in particolare, 3375, dove si afferma che tale teoria si espone ad un'obiezione di carattere dogmatico “*perché il principio di legalità vale per il reato semplice come per il reato circostanziato; sicché, in mancanza di un'espressa qualificazione legislativa, l'interprete dubbioso non potrebbe optare per una configurazione circostanziale invece che autonoma senza incidere ugualmente sul principio di legalità penale*”.

⁴⁹ V. nota precedente.

⁵⁰ VALLINI in DE FRANCESCO, 2011, 10; DE FRANCESCO, 2013, 8.

elaborati dalla dottrina⁵¹; in seconda battuta, laddove nessuno di questi criteri sia decisivo, allora si dovrà interpretare la fattispecie alla luce del principio della riserva di legge (o di *stretta legalità*, ex art 25, comma 2 Cost) e di determinatezza (come emerge dalla combinazione degli art. 25, comma 2 Cost. e art. 1 c.p.)⁵². Da una più approfondita lettura dell'art. 1 c.p., infatti, orientata verso una sua qualificazione in termini autonomi e specifici rispetto al più generico art 25 Cost., emerge “*un coefficiente qualificato di “certezza” per quanto riguarda la classificazione d’un fatto come reato, rispetto alle altre attribuzioni*”⁵³. Da questo ne deriva che, ferma restando la garanzia contenuta nell'art 25 Cost., valida anche per le circostanze, è ben possibile leggere l'art 1 c.p. come una “*disposizione di carattere interpretativo*”, la cui funzione è precipuamente quella di individuare una figura circostanziata in tutti quei precetti penali che non siano chiaramente volti dal legislatore a configurare un titolo autonomo di reato; per concludere, “*l'art. 1 c.p., così inteso, verrebbe a costituire una peculiare espressione del principio di determinatezza, impedendo il verificarsi di*

⁵¹ Sul punto, è esaustiva la trattazione di GUERRINI, anche se per posizioni più sintetiche si può fare riferimento a PADOVANI, 1988, VALLINI in DE FRANCESCO, 2011 e DE FRANCESCO, 2013, 4 ss.

⁵² L'importanza della contemporanea presenza di questi principi è espressa anche da DE FRANCESCO, 2013, 8, affermando che l'esistenza di un reato debba essere espressamente ed inequivocabilmente sancita da parte del legislatore poiché, “*in difetto di tale presupposto, si rischierebbe invero di attribuire al giudice il potere di costruire in via interpretativa delle fattispecie autonome di reato, ampliando così i confini dell'illecito in contrasto con il fondamentale canone della legalità e dei suoi corollari garantistici. Tale soluzione appare ulteriormente confermata, non appena si prospetti il caso in cui la fattispecie del reato – base divenga oggetto di successiva abrogazione; in effetti, a voler negare la qualifica circostanziale della figura aggravata o attenuata, quest'ultima resterebbe in vita, pur in mancanza di indizi sufficienti per escluderne il rapporto di “dipendenza” da una fattispecie ormai definitivamente espunta dall'ordinamento penale*”.

⁵³ VALLINI in DE FRANCESCO, 2011, 10.

dubbi irresolubili, inammissibili ex art. 25 Cost., riguardo la natura specifica di certe norme penali”⁵⁴.

Contestualizzando le riflessioni svolte a titolo di premessa nella qualificazione giuridico – penale del peculato d’uso, emerge l’inefficienza dei criteri classificatori “*standardizzati*”, frutto dell’elaborazione dottrinale: non è risolutivo il criterio della specialità poiché, pur sussistendo tale relazione fra le condotte di appropriazione ed uso, comunque non vale a risolvere in senso univoco e certo la questione; condividendo l’opinione della dottrina⁵⁵, non si ritiene assolutamente rilevante il c.d. criterio “topografico”, perlomeno per il caso in questione, poiché nulla esclude, in generale, che nei due commi di un medesimo articolo convivano due fattispecie autonome di reato; non si può confidare neanche nel criterio c.d. “teleologico”, data l’eccessiva duttilità ermeneutica che lo caratterizza, latrice di un’intollerabile incertezza applicativa da parte del giudice, che di fatto lo porterebbe a sostituirsi al legislatore, in violazione dell’art 25, comma 2 Cost.

Il vaglio dell’art 314, secondo comma c.p. alla luce del principio di determinatezza e del relativo criterio interpretativo, induce a riflettere attentamente sulla struttura della norma. A prima vista, il capoverso dell’art 314 c.p. sembra strutturato come una circostanza, perlomeno nelle formule che il legislatore ha utilizzato e per il linguaggio “neutro” che lo caratterizza; a ben vedere

⁵⁴ VALLINI in DE FRANCESCO, 2011, 10.

⁵⁵ VALLINI in DE FRANCESCO, 2011, 7, che fa riferimento alle c.d. “fattispecie a più norme”; DE FRANCESCO, 2013, 7, afferma che laddove la figura sia contenuta nel medesimo articolo, sia priva di un’autonoma denominazione e si ricolleggi ad elementi già in precedenza definiti, può accadere che sia preferibile la qualifica di elemento costitutivo di un reato autonomo..

però, una volta che si è chiarito il rapporto che intercorre fra appropriazione e uso, è assai più agevole ricomporre i vari tasselli del mosaico. È evidente che il legislatore abbia utilizzato una tecnica descrittiva *per relationem* della norma ed è pur vero che questo è stato fatto per evidenti (seppur non condivisibili) esigenze di “economia espositiva”, come si nota dalla rappresentazione dell’oggetto materiale (“*della cosa*”) e della condotta (“*ha agito [...] di fare uso*”). Riguardo quest’ultima, una volta che si è riconosciuta la sua compatibilità nei termini di forma di manifestazione dell’appropriazione, si potrà agevolmente utilizzare tale condotta per dare un contenuto a quel “ha agito” che, di per sé, è privo di ogni minimo significato tecnico – giuridico. Anche se l’“uso” è stato posposto alla locuzione “al solo scopo” in sede redazionale, ciò non vale a separare questa condotta dal verbo che la precede e non porta a esautorare di ogni autonomia la fattispecie di peculato d’uso. In ragione di quanto appena detto, si ritiene che emergano forti indizi per la qualificazione del peculato d’uso nei termini di una fattispecie autonoma di reato, indipendente da quanto previsto al primo comma della norma, con cui si deve necessariamente interfacciare per una mera questione di sintesi redazionale.

Ad avviso di chi scrive, deve precisarsi che l’esito di queste osservazioni non vale a rendere comunque “costituzionalmente determinata” la fattispecie di peculato d’uso. Per quanto possa sembrare anomala quest’osservazione, si ritiene che la “determinatezza” di una norma possa valutarsi secondo due parametri: uno di legittimità costituzionale ed un altro (disposizione di

carattere interpretativo derivata dal primo) strutturale - redazionale, che si desumono dalla combinazione dell'art 25, comma 2 Cost. e art 1 c.p. La determinatezza imposta dal canone costituzionale, richiede al legislatore una redazione di *tutte* le norme penali, in modo da consentire il sicuro apprezzamento del relativo contenuto illecito⁵⁶; la determinatezza strutturale della norma, invece, si ritiene sia una tecnica redazionale del legislatore avente efficacia *interna* fra le varie fattispecie del Codice. Quest'ultima promana dal dettato della Carta Fondamentale e (come abbiamo visto) dall'art 1 c.p. per cui, secondo il grado di specificazione con cui sono elaborati gli elementi costitutivi della fattispecie, la stessa assume la forma di reato autonomo ovvero circostanziato. Per quel che riguarda il peculato d'uso, l'infelice formulazione della norma è sintomo più di un'indeterminatezza costituzionale che non di una scelta qualificante del legislatore; la scelta di "fare economia" sugli elementi costitutivi di una fattispecie per specificarne solo i connotati tipizzanti, confidando nel fatto che l'interprete avrebbe ricavato agevolmente i primi dal primo comma, non ha assolutamente la finalità di qualificare la fattispecie, bensì quella (inopportuna nell'ambito di una materia così delicata come il diritto penale), di "risparmiare" parole.

Le posizioni di dottrina e giurisprudenza sono fortemente sbilanciate nel considerare il peculato d'uso come reato autonomo⁵⁷; questa, si badi bene, non è una

⁵⁶ Fra le tante fonti: PADOVANI, 2012, 28 ss.

⁵⁷ In dottrina: BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, FIANDACA MUSCO, PtS I, 196; BEVILACQUA, 436; PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 89; SEMINARA CB, 756; MAUGERI, 721; CUPELLI in FIORE, 63. In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 27 novembre 2012, n. 46244, CP, 2012, p. 4478; Cass.pen., sez. VI, 10 giugno 2010, Pratesi, Gdir 2010, n.35, p. 66; Cass. Pen., sez. VI, 27 gennaio 1994, Liberatore, GP 1995, II, c. 401.

scelta forzata da un particolare modo di concepire il rapporto fra appropriazione e uso, giacchè autorevole dottrina⁵⁸ afferma, da un lato, la piena compatibilità strutturale (nei termini della continenza) fra le due condotte anche se, dall'altro, sostiene l'autonomia della fattispecie prevista all'art 314, comma 2 c.p. La *ratio* su cui poggia quest'impostazione è che tale nuovo capoverso delinei un fatto strutturalmente diverso dal peculato del comma 1, non essendo richiesta un'effettiva appropriazione (poiché l'uso è qualificato dalla momentanità). In realtà quest'affermazione deve essere precisata, perché può portare a deviazioni ermeneutiche; è vero che la caratterizzazione dell'uso rende diverso il fatto tipico, tuttavia non si deve credere che questo valga ad escludere ogni manifestazione di tale condotta dalla nozione di "appropriazione" giacchè, come abbiamo ampiamente visto e motivato in precedenza, della condotta rilevante *ex art* 314, comma 1 c.p. deve darsi una lettura estensiva, che si emancipi dalla "definitività" del momento espropriativo quale elemento caratterizzante il contegno dell'agente.

Fra la dottrina minoritaria, merita particolare attenzione l'elaborazione critica elaborata da un suo esponente⁵⁹, che ha ragionato seguendo il metodo ermeneutico che abbiamo citato sopra, pervenendo però a conclusioni opposte. In particolare, l'A. sostiene che non vi sia il "materiale probatorio" sufficiente per sostenere la tesi dell'autonomia del peculato d'uso, fondando il proprio ragionamento sui criteri di descrizione legislativa e redazione normativa; dal primo punto di vista, si evidenzia la totale accessorietà e mancanza di autosufficienza del

⁵⁸ PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 88 ss.

⁵⁹ GUIDI, 2007, 211 ss.

secondo comma dell'art 314 c.p. rispetto al primo, per cui non si ha una descrizione del fatto tipico ma il legislatore si limita ad un richiamo di paradigmi già enunciati. In secondo luogo, da un punto di vista redazionale, si è anteposta la dimensione sanzionatoria a quella precettiva, secondo lo schema strutturale tipico delle fattispecie accessorie; sempre dal punto di vista letterale e topografico, si rivela che il peculato d'uso non ha un proprio *nomen juris* ed è collocato in secondo piano nell'ambito di un più dettagliato peculato comune, descritto al primo comma. In terzo luogo si argomenta che, pur non essendo pochi gli argomenti a favore della tesi circostanziale, gioca a favore di questa l'argomento analogico, per cui la ricostruzione proposta dell'art 314, comma 2, c.p., trova indiretta conferma nell'art 62, n.6 c.p., che prevede l'attenuante comune per chi prima del giudizio ha riparato interamente il danno mediante restituzione. Questa posizione non è condivisibile; come abbiamo detto sopra, se i criteri elaborati dalla dottrina mantengono imbrigliato nelle maglie dell'incertezza il rapporto fra due norme, si deve procedere all'interpretazione secondo il principio di determinatezza c.d. "strutturale", poiché è l'unico che consente di ottenere, seppure in via residuale, un minimo di chiarezza sulla morfologia. Tutto ciò, come abbiamo visto, consente di affermare, con un certo margine di sicurezza, che vi siano forti indizi per la qualificazione del peculato d'uso sia una fattispecie autonoma rispetto al peculato comune, con tutte le implicazioni interpretative e applicative che ne conseguono.

Ad avviso di chi scrive, l'argomento decisivo per la qualificazione del peculato d'uso come fattispecie

autonoma del reato richiede di porre direttamente in contatto le due condotte di “appropriazione” e di “uso momentaneo”, per rilevarne la reciproca indipendenza. Si ricorda che, in entrambi i casi, la realizzazione dei comportamenti menzionati si specifica nei due momenti dell’espropriazione e dell’impropriazione; a tal proposito si ritiene che il momento positivo delle rispettive condotte, definibile genericamente come una strumentalizzazione del bene a vantaggio dell’agente o di un terzo, sia caratterizzato nello stesso modo tanto nell’appropriazione quanto nell’uso momentaneo.

Il dato discriminante emerge dall’analisi del momento espropriativo. È vero che, ai fini del peculato comune, non si può più pretendere (dopo la riforma) che il soggetto voglia il momento espropriativo come definitivo⁶⁰, per cui anche privare temporaneamente il proprietario dell’esercizio dei suoi poteri sulla cosa potrà rilevare come appropriazione; è altresì vero, tuttavia, che il momento espropriativo dell’appropriazione è attuato attraverso modalità espressive di una tendenza alla stabilità ed alla persistenza nel tempo della nuova situazione possessoria abusiva, prima ancora che ad una definitività *stricto sensu*⁶¹, che si contrappone alla connaturata precarietà dell’uso momentaneo. Tale stabilità implica che, a livello psicologico, il soggetto si rappresenti (almeno) la possibilità⁶² che il proprio comportamento si sviluppi sul piano temporale in modo prolungato e senza soluzione di

⁶⁰ PAGLIARO – PARODI GIUSINO, 88.

⁶¹ Come abbiamo già visto (cap. IV, sez. II, §7), la definitività comporta l’irreversibilità della recisione del rapporto fra il proprietario ed il bene, dell’uscita del bene dal suo patrimonio.

⁶² Sulla configurazione dell’elemento psicologico del peculato comune come dolo generico in forma eventuale, si rinvia al cap. VI, sez. II.

continuità, con modalità che esprimono una “definitività in potenza”, nel senso che l’irreversibilità del momento negativo è uno degli esiti che possono derivare dal dinamico svolgimento della condotta stessa.

La struttura del secondo comma dell’art 314 c.p., richiede che, ai fini della condotta rilevante, l’uso sia momentaneo e comunque accompagnato dall’immediata restituzione del bene. Poiché su tali aspetti del reato l’elemento soggettivo si configura come dolo generico in forma intenzionale⁶³, da questo ne deriva che l’intima essenza della condotta di uso momentaneo sia la sua temporaneità, ma soprattutto la sua precarietà. Il soggetto, infatti, vuole esattamente che la condotta sia provvisoria e strettamente limitata nel tempo, senza alcuna possibilità che questa duri più di quanto ritenuto necessario e comunque non prospettando che da questa possa anche solo astrattamente determinarsi una stabilizzazione o, peggio, una definitività della propria situazione possessoria abusiva, a danno del legittimo proprietario del bene. Da ciò ne deriva che la condotta rilevante per il secondo comma dell’art 314 c.p., rispetto a quella di peculato comune, si realizza con comportamenti assai diversi, che esprimono una volontà di recidere il rapporto fra il bene ed il suo proprietario davvero momentanea e circoscritta nel tempo, in cui la reversibilità di tale momento negativo è sentita come certa e, soprattutto, immediata al termine di una condotta di uso, la quale non è assolutamente concepita al fine di dar vita ad un rapporto possessorio abusivo stabile, protratto nel tempo e da cui potrebbe derivare una definitiva estromissione del vero *dominus*.

⁶³ Si rinvia al prossimo paragrafo per ogni analisi critica sulla configurazione dell’elemento soggettivo del reato.

Concludendo, peculato comune e peculato d'uso rappresentano due fattispecie autonome di reato, collegate dal dato redazionale di una costruzione normativa *per relationem* del secondo comma dell'art 314 c.p.; entrambe sono, pertanto, manifestazioni distinte della categoria dei "delitti di peculato", in cui possiamo far rientrare anche il peculato mediante profitto dell'errore altrui, disciplinato all'art 316 c.p.

5. L'elemento soggettivo.

L'infelice formulazione legislativa⁶⁴ dell'art 314, comma 2 c.p. non ha risparmiato l'analisi dell'elemento soggettivo del peculato d'uso dal confronto fra i vari orientamenti dottrinali. La norma richiede, testualmente, che il pubblico agente abbia agito "*al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa, e questa, dopo l'uso momentaneo, è stata immediatamente restituita*". Le questioni sono sorte attorno alla classificazione del peculato d'uso come delitto a dolo specifico, oppure prevedendo un giudizio di colpevolezza a titolo di dolo generico, nella forma intenzionale⁶⁵.

Secondo un primo orientamento⁶⁶, il peculato d'uso si configura come reato a dolo specifico: il soggetto attivo agisce, infatti, allo scopo di "*usare momentaneamente*" la

⁶⁴ E che GUIDI, 2007, 184, sul profilo esaminato nel paragrafo, ha definito addirittura "indecifrabile".

⁶⁵ Per le definizioni delle varie forme di dolo, nonché del dolo specifico, si rinvia al cap. V, sez. II, §4.

⁶⁶ FIANDACA – MUSCO, PtS I, 197, che sembra quasi disattendere la posizione affermata in PtG, 371; CAGLI, 347, che esclude l'applicabilità dell'art 314, comma 2 c.p. verso condotte appropriative realizzate per fini diversi; SEMINARA, CB 758, configura il dolo specifico nei confronti dell'intenzione dell'agente di restituire la cosa.

cosa. Rispetto alla condotta dell'agente, lo "scopo" disposto dalla norma si pone come elemento (soggettivo) del fatto tipico, che si manifesta in una finalità particolare e ulteriore cui aspira con il suo comportamento e che comporta la rilevanza penale della condotta a prescindere dall'effettivo conseguimento del risultato. Il limite principale di quest'impostazione è che, avendo preso troppo alla lettera l'art 314, comma 2 c.p.⁶⁷, omette di considerare il ruolo che nel perfezionamento del reato svolge l'immediata restituzione del bene dopo l'uso e non s'interroga sulla natura dell'uso momentaneo (se sia solo un mero obiettivo finalistico o un elemento costitutivo del reato), quasi "accontentandosi" della lettera della legge, applicandovi gli effetti che derivano dagli istituti di parte generale. Muovendo dalle critiche mosse a quest'orientamento, altra parte della dottrina⁶⁸ ha elaborato una propria teoria del dolo specifico nel peculato d'uso, per cui questo non si riferisce all'elemento cronologico della momentaneità, ma solo a quello comportamentale dell'uso, per cui si richiede una condotta appropriativa "neutra", immediata, di breve durata e seguita da un'effettiva restituzione (elementi che si pongono come requisiti strutturali della fattispecie), che sia accompagnata dallo scopo di utilizzazione momentanea cosicché, per configurare il peculato d'uso, è irrilevante che l'agente abbia raggiunto l'obiettivo di utilizzazione temporanea.

Altra parte della dottrina⁶⁹ ritiene, invece, che il dolo del peculato d'uso coincida con quello del peculato comune

⁶⁷ GUIDI, 2007, 183, parla addirittura di mera "parafrasi" del dato normativo.

⁶⁸ GUIDI, 2007, 184.

⁶⁹ BENUSSI in DOLCINI – MARINUCCI, 330 ss.; CUPELLI in FIORE, 70; ROMANO, 2013, 45, dove si afferma che il distacco fra primo e secondo comma dell'art 314 c.p. sul profilo volitivo del dolo è indice di una differenza qualitativa del dolo che,

per i contenuti della rappresentazione, mostrando le sue peculiarità sotto l'aspetto volitivo. Poiché il soggetto agisce *“al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa”*, il dolo non sarà specifico, bensì generico in forma intenzionale, perché *“l'uso momentaneo”* e *“l'immediata restituzione”* sono considerati elementi costitutivi dell'autonoma fattispecie di cui all'art 314, comma 2 c.p. e non elementi extra – fattuali, la cui realizzazione sarebbe indifferente ai fini della consumazione del reato.

Pur riconoscendo che l'infelice formulazione normativa non sia d'aiuto per l'interprete, proprio per questo non deve trarre in inganno la locuzione *“allo scopo di”*, come elemento decisivo per la qualificazione del dolo ⁷⁰. Le parole del legislatore possono interpretarsi diversamente, soprattutto alla luce di quanto dedotto sul rapporto di compatibilità ontologica fra appropriazione ed uso; poiché quest'ultimo è forma di manifestazione del contegno appropriativo, si ritiene che non possa non essere uno degli elementi costitutivi, fondanti e caratterizzanti la fattispecie, insieme con la momentaneità e l'immediata restituzione. Il fatto che il legislatore abbia parlato, in modo impreciso, di *“scopo”*, non ci impedisce di interpretare questo termine alla stregua di un'“intenzione” dell'agente, che potrebbe dedursi quale sinonimo della parola utilizzata nella norma. Le parole *“ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo”*, quindi, data la neutralità e l'imprecisione della formulazione, possono e devono essere

insieme all'effettivo uso temporaneo e all'immediata restituzione, valgono a segnare la diversità e l'autonomia del reato., nonché la configurabilità del tentativo.

⁷⁰ A tal proposito, FIANDACA – MUSCO, PtG, 371, invita a non lasciarsi ingannare dalla formulazione normativa per valutare l'esistenza del dolo specifico e a formulare una corretta interpretazione del rapporto fra elemento soggettivo ed oggettivo della fattispecie.

interpretate sulla base, come abbiamo detto, dei dati strutturali e dalla relazione che intercorre fra primo e secondo comma dell'art 314 c.p., da cui deriva che il peculato d'uso ha la stessa base dolosa del peculato comune (dolo generico), salvo specificarsi nella forma del momento volitivo, in dolo intenzionale anziché eventuale. A tal proposito, non si ritiene condivisibile la critica di chi ritiene che in tal modo si escluderebbe dalla punibilità per peculato d'uso quei soggetti che hanno agito solo per un dolo eventuale, poiché da un'interpretazione della norma come quella che abbiamo prospettato la lettera della legge propende per una condotta psicologicamente rappresentata come intenzionale, inoltre pare difficile che da un tipo di condotta che integri gli elementi dell'appropriazione, il soggetto possa valutare solo come probabile, accettandone il rischio, che questa assuma la forma specifica dell'uso momentaneo.

6. Utilizzo abusivo del telefono di servizio: profili evolutivi della giurisprudenza di legittimità

6.1. Introduzione.

Che sia originato dall'ingenuità, da urgenze personali o dal malcostume, fra i casi più ricorrenti in cui il funzionario è sottoposto a giudizio penale, è senza dubbio da annoverare l'utilizzo abusivo del telefono di servizio. La corretta qualificazione giuridico – penale di tale condotta ha impegnato per anni la giurisprudenza, di cui è recentissima una pronuncia a Sezioni unite della Suprema

Corte; in particolare, ci si chiede se l'utilizzo dell'apparecchio telefonico di servizio, per finalità estranee a quelle istituzionali, sia da ricondurre all'ambito del peculato comune o del peculato d'uso.

La trattazione seguirà un percorso cronologico – evolutivo pertanto, in primo luogo, si procederà all'analisi delle posizioni più risalenti nel tempo per giungere pronunce più recenti della S.C. Da questa premessa storica si muoverà, quindi, per analizzare la pronuncia che la Corte ha dato a Sezioni unite il 2 maggio 2013. Per esigenze espositive, non saranno analizzate nello specifico le posizioni della giurisprudenza riguardanti le diverse conseguenze giuridiche legate all'utilizzo abusivo del telefono in rapporto alle diverse tariffazioni “a consumo” o “*a forfait*”, salvo farvi riferimento nei momenti in cui sia necessario con i dovuti riferimenti normativi e bibliografici.

6.2. L'inquadramento nel peculato d'uso. L'irrilevanza penale.

L'impostazione giurisprudenziale più risalente (e fino ad oggi minoritaria) inquadrava l'utilizzo abusivo del telefono d'ufficio nell'ambito del peculato d'uso⁷¹. Nello specifico, si riteneva che per tale condotta fosse applicabile il secondo comma dell'art 314 c.p., laddove l'utilizzazione non fosse episodica o dipendente da esigenze del tutto contingenti, nonché nei casi in cui non fosse irrilevante sul

⁷¹ Cass. Pen., sez. VI, 18 gennaio 2001, Veronesi, *Gdir* 2001, n.9, p. 68; Cass. Pen., sez. VI, 25 maggio 2000, Mari, *CP* 2001, p. 2382; Cass. Pen., sez. VI, 24 giugno 1997, Guida, *CP* 1997, 527; Cass. Pen., sez. VI, 26 marzo 1996, Catalucci, *CP* 1997, p. 3422. In Dottrina: DINACCI in COPPI, 37 ss.; CECCOBELLI; ARIOLLI – GIZZI, 2012 ss.; SEMINARA, *CB*, 757.

piano del danno apportato alla pubblica amministrazione; non si ritiene applicabile la fattispecie di peculato comune, in quanto il carattere momentaneo dell'uso, nonché l'immediatezza della restituzione specificano, caratterizzano e delimitano tale condotta in relazione a quella più grave prevista al comma 1. Riguardo alla condotta rilevante ai fini penali, si affermava che per "appropriazione" non dovesse intendersi solo la fuoriuscita del bene dal controllo e dalla disponibilità del proprietario, giacché era sufficiente che l'agente si comportasse nei confronti della cosa *uti dominus* anche solo provvisoriamente, determinando in tal modo una (breve) *interversio possessionis* per fini privati.

Leggermente più recente, seppure del tutto sporadica, è la posizione giurisprudenziale che nega ogni rilevanza penale alla condotta utilizzo abusivo del telefono di servizio. La tesi si è affermata dapprima nell'ambito dei giudizi di merito⁷², dove si è affermato che "*in forza della regola di stretta legalità che informa il diritto penale, non è configurabile il reato di peculato d'uso per uso privato del telefono d'ufficio, perché non è a parlarsi stricto sensu su "appropriazione di cosa mobile"*"⁷³. Le argomentazioni di questa tesi poggiano sul fatto che vero oggetto materiale della condotta sia il telefono, attraverso cui si utilizza l'utenza telefonica d'ufficio; in proposito si afferma che, poiché l'apparecchio rimane sempre nella disponibilità della pubblica amministrazione, l'utilizzo da parte del

⁷² Trib. Trento, 29 marzo 2000, Zanalucchi e al., *RP* 2000, 801; Trib. Sanremo, 19 ottobre 1995, www.campensanremo.it.

⁷³ Trib. Trento, 29 marzo 2000, Zanalucchi e al., *RP* 2000, 801, che si pronuncia anche sull'irrelevanza del fatto nell'ambito della truffa ai danni dello Stato; nel caso di specie, si è escluso che l'uso del telefonino cellulare di proprietà del comune da parte di un dipendente dell'ente stesso avesse finalità private.

pubblico agente non può mai realizzare quell'“espropriazione”, definitiva o temporanea, che costituisce il momento negativo dell'appropriazione e dell'uso⁷⁴. L'impostazione è stata seguita, in un unico caso, anche dal giudice di legittimità⁷⁵; in questa pronuncia si è affermato che l'utilizzo a fini privati del telefono di servizio non rappresenti condotta rilevante ai fini del peculato (neppure sotto la forma del peculato d'uso), poiché questa si risolve esclusivamente in un addebito a carico della pubblica amministrazione delle somme corrispondenti all'entità della suddetta utilizzazione.

6.2. *L'inquadramento nel peculato comune.*

La tesi in assoluto più diffusa in giurisprudenza⁷⁶ (almeno fino alla pronuncia a Sezioni unite del 2 maggio

⁷⁴ Questa posizione è seguita anche da BENUSSI, *Dir. pen. Cont.* Il dato normativo di riferimento (il codice di comportamento dei dipendenti pubblici) per la riflessione l'A. ha tuttavia recentemente assunto natura giuridica di regolamento, per cui tale impostazione sarebbe ora orientata verso una rilevanza della condotta ai fini dell'art 323 c.p.

⁷⁵ Cass. Pen., sez. VI, 20 aprile 2001, Trivisonno, *RP* 2002, 245.

⁷⁶ Leading case: Cass. Pen., sez. VI, 15 dicembre 2000, Sale, *RP* 2001, 256, motiva in questo modo “allorchè il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, disponendo, per ragione dell'ufficio o del servizio, dell'utenza telefonica intestata all'amministrazione, la utilizzi per effettuare chiamate di interesse personale, il fatto lesivo si sostanzia propriamente non nell'uso dell'apparecchio telefonico come oggetto fisico, bensì nell'appropriazione, che attraverso si consegue, delle energie, formate da impulsi elettronici, entrate a far parte della sfera di disponibilità della p.a., occorrenti per le conversazioni telefoniche; ne consegue, poiché tali energie non sono immediatamente restituibili dopo l'uso e l'eventuale rimborso delle somme corrispondenti all'entità dell'utilizzo vale solo come ristoro del danno cagionato, ma non può considerarsi equipollente alla restituzione della cosa mobile utilizzata, l'astratta configurabilità, nella predetta utilizzazione, dell'ipotesi di peculato prevista dall'art 314 comma 1 c.p. e non di quella prevista dal comma 2 dello stesso art. (c.d. peculato d'uso)”. Segue una numerosa giurisprudenza, anche molto recente: Cass. Pen., sez. VI, 20 gennaio 2011, Di Maria, *RP* 2012, 237; Cass. Pen., sez. VI, 3 febbraio 2010, Sorrenti, *CP* 2010, 3863, con nota di PANETTA; Cass. Pen., sez. VI, 1 febbraio 2002, Chirico, *DPP* 2002, 476, con nota di PECCIOLI; Cass. Pen., sez. VI, Scaringella, *Gdir* 2006, n. 24, p. 95; Cass. Pen., sez. VI, 5 marzo 2001, Menotti, *DPP* 2002, 474, con nota di

2013) qualifica l'utilizzo indebito del telefono di servizio come peculato comune, applicando la severa sanzione della reclusione da 4 a 10 anni (salvo, ovviamente, l'applicazione delle circostanze). La particolarità di questa posizione risiede nell'oggetto materiale su cui si consuma la condotta per cui l'agente, in realtà, non fa uso momentaneo del telefono bensì, attraverso l'apparecchio, utilizza l'utenza telefonica, consumando una definitiva appropriazione di energie sugli impulsi elettrici che permettono la trasmissione della voce e, di conseguenza, la comunicazione telefonica; la natura immateriale e infungibile del bene su cui si consuma la condotta che comporta la definitività della stessa, per cui non sarà possibile alcun tipo di restituzione della stessa e l'eventuale rimborso costituirà un *post factum*, rilevante al massimo come circostanza attenuante⁷⁷.

L'orientamento che stiamo esaminando, pur nel suo rigore, ammette che non ogni appropriazione di tali energie sia penalmente rilevante, laddove non possa riconoscersi un

PECCIOLI. In dottrina: FIANDACA – MUSCO, PtS I, 191, DE BELLIS, 2009, 1009; PANETTA, 3864.

⁷⁷ Pur essendo la giurisprudenza granitica nell'affermare la sua posizione, parte della dottrina (PECCIOLI 479) ha mosso alcune osservazioni critiche: richiamando una sentenza degli anni settanta (Cass. Pen., sez. I, 21 dicembre 1977, Nicchi, CP 1979, 85, che sanziona per truffa, e non per furto, la condotta del soggetto che ha collegato abusivamente un apparecchio telefonico con la cabina di zona S.I.P. mediante allacciamento della linea di servizio riservata alla società.), nell'ambito della captazione fraudolenta di un servizio o di una prestazione, la Corte si è pronunciata nel senso di classificare le utenze telefoniche alla stregua di somministrazione di un servizio, e non di un'energia, benché questa sia necessaria per il servizio stesso; la condotta di allacciamento abusivo alla rete telefonica costituirebbe, pertanto, una violazione del contratto di somministrazione che lega l'utente con la società erogatrice, senza che il comportamento dell'agente determini la sottrazione della cosa da parte del titolare dell'accordo; da questa sentenza l'A. muove per sostenere che oggetto della condotta di utilizzo abusivo del telefono di servizio non sia il mezzo – telefono, né le energie che consentono la trasmissione della voce, bensì l'utenza telefonica pubblica, che si materializza nelle somme di denaro corrispondenti al costo delle telefonate indebitamente effettuate. Per approfondire le riflessioni dell'A. sulle diverse prospettive ricostruttive in materia di oggetto materiale della condotta e sulle diverse ipotesi di reato prospettabili, si rinvia a PECCIOLI, 477.

apprezzabile valore economico agli impulsi di cui si è fatto utilizzo per ogni singola telefonata⁷⁸ (ovvero anche per l'insieme di più telefonate, quando siano così ravvicinate nel tempo da poter essere considerate come un'unica condotta), residuando in capo al giudice un margine discrezionale di valutazione dell'offensività della condotta ai beni tutelati dalla norma⁷⁹.

La giurisprudenza, sempre nell'ottica mitigatrice del proprio orientamento, ha escluso la rilevanza penale di tutte quelle condotte abusive che, per il loro carattere sporadico ed occasionale, potevano essere ricomprese nell'ambito dei casi eccezionali di urgenza entro cui sono consentite in applicazione dell'allora vigente codice di comportamento dei dipendenti pubblici⁸⁰. Poiché nel D.M. 3173/1994 per l'effettuazione delle telefonate personali era richiesta, oltre all'eccezionalità della situazione, anche l'immediata informazione del dirigente dell'ufficio, si discuteva sulla natura di tale obbligo di preventiva informazione; nella recente modifica del 2013⁸¹, confermando un'impostazione

⁷⁸ Cass. Pen., sez. VI, 3 febbraio 2010, Sorrenti, *CP* 2010, 3863, con nota di PANETTA; Cass. Pen., sez. VI, 9 maggio 2006, Montana.

⁷⁹ Tale posizione è in linea con le riflessioni svolte nel secondo capitolo e nel quarto, sezione I, dove si è trattato del valore del bene oggetto della condotta.

⁸⁰ L'art 10, comma 5 del D.M. Ministero per la funzione pubblica, 3173/1994, emanato per attuare l'art 58 – *bis* del d.lgs. 3 febbraio 1993, n.29, stabiliva che: *“Salvo casi eccezionali, dei quali informa il dirigente dell'ufficio, il dipendente non utilizza le linee telefoniche dell'ufficio per effettuare telefonate personali. Durante l'orario d'ufficio, il dipendente limita la ricezione di telefonate personali sulle linee telefoniche dell'ufficio al minimo indispensabile”*. Tale decreto è stato abrogato dal D.M. Ministero per la funzione pubblica del 28 novembre 2000, dove all'art 10, comma 3 si statuiva che *“il dipendente non utilizza a fini privati materiali o attrezzature di cui dispone per ragioni di ufficio. Salvo casi d'urgenza, egli non utilizza le linee telefoniche dell'ufficio per esigenze personali. Il dipendente che dispone di mezzi dell'amministrazione se ne serve per lo svolgimento dei suoi compiti d'ufficio e non vi trasporta abitualmente persone estranee all'amministrazione”*. Entrambi i decreti non sono più vigenti, poiché sostituiti dal d.P.R. 16 aprile 2013, n.62, di cui si parla nella nota successiva.

⁸¹ Il Consiglio dei ministri l'8/3/2013 ha adottato il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici, ai sensi dell'art 54 del dlgs 165/2001, come modificato dalla c.d. legge anticorruzione 190/2012. Il testo del d.P.R. 16

che già si era affermata nel 2000, non si prevede tale riferimento, incentrando l'esclusione della rilevanza penale nella sola situazione di *eccezionalità*. A questa norma derogatoria si ritiene opportuno riconoscere la natura di causa scusante che, facendo leva sulla situazione di bisogno particolare dell'agente, elimina la rimproverabilità del fatto all'autore⁸².

Rimanendo nell'ambito delle condotte penalmente irrilevanti, la giurisprudenza osserva che vi sono casi in cui il pubblico agente può utilizzare l'utenza telefonica d'ufficio per effettuare telefonate del tutto esulanti dai fini istituzionali⁸³. Nei casi in cui il pubblico dipendente sia sollecitato da impellenti esigenze di comunicazione, per non commettere peculato potrebbe arrecare un danno alla qualità e alla continuità del servizio che sta svolgendo, finendo comunque per offendere buon andamento ed imparzialità della p.a. forse in modo ancora più grave che non attraverso una semplice telefonata di cui comunque avrebbe necessità.

aprile 2013, n. 62, “Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165” è stato pubblicato nella G.U. 129 del 4/6/2013. Riguardo l'utilizzo improprio del telefono d'ufficio, l'art 11, comma 3 prevede che “il dipendente utilizza il materiale o le attrezzature di cui dispone per ragioni di ufficio e i servizi telematici e telefonici dell'ufficio nel rispetto dei vincoli dell'amministrazione. Il dipendente utilizza i mezzi di trasporto dell'amministrazione a sua disposizione soltanto per lo svolgimento dei compiti d'ufficio, astenendosi dal trasportare terzi, se non per motivi d'ufficio”.

⁸² CARUSO, 4, cui si rimanda per una più precisa analisi dei vari punti di vista sulla natura giuridica di tale norma derogatoria.

⁸³ Cass, pen, sez. VI, 6 febbraio 2001, Menotti, DPP 2002, 474.

6.3. *L'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite n. 36760 del 18 luglio 2012 (dep. 24/9/2012).*

Con ordinanza n. 36760, emanata il 18 luglio 2012 e depositata il 29 settembre 2012⁸⁴, la sesta sezione penale della Suprema Corte ha investito le Sezioni unite del delicato compito di risolvere la questione “*se l’uso per fini personali di utenza di telefono cellulare assegnata per ragioni d’ufficio integri il delitto di peculato di cui all’art 314 c.p. o non piuttosto il delitto di cui all’art 323 c.p. o quello di cui all’art 640.2, n.1 c.p.*”, giacché da essa potrebbero sorgere contrasti giurisprudenziali.

All'imputato si contestava di aver utilizzato più utenze cellulari belghe, di cui aveva il possesso per la ragione del suo ufficio, per l'effettuazione di telefonate a carattere privato e comunque estranee all'attività d'ufficio; è importante rilevare (visti i precedenti giurisprudenziali) che tali utenze prevedevano una tariffazione a consumo per ogni singola chiamata, esulando dallo schema del c.d. “*tutto-incluso*” o “*a forfait*”. Fra i vari motivi

⁸⁴ Cass. Pen., sez. VI, 24 settembre 2012, Vattani, *Diritto Penale contemporaneo*, <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1349333869ordinanza%20SSUU%20peculato.pdf>. Per un esaustivo commento di tale ordinanza si rinvia a BENUSSI, *Dir. pen. Cont.* La posizione dell'A. è molto interessante per i seguenti motivi: in primo luogo, analizzando l'oggetto materiale della condotta, afferma che l'utilizzo del telefono d'ufficio non possa valutarsi come appropriazione di un'energia, bensì come abusivo esercizio del “diritto di utenza” che, in quanto bene immateriale, è insuscettibile di appropriazione. In secondo luogo (ricollegandosi al citato indirizzo giurisprudenziale che afferma l'irrilevanza penale del comportamento esaminato), analizzando se l'uso improprio di un bene possa costituire *species* dell'appropriazione, conclude affermando che l'uso del telefono fisso o cellulare, pur se dovesse avvenire con assiduità e continuità, non potrà mai comportare la sottrazione del bene alla disponibilità della pubblica amministrazione, poiché in tali casi la disponibilità del telefono affidato al pubblico dipendente per la ragione del suo ufficio o servizio rimane pur sempre in capo alla pubblica amministrazione, per cui la fattispecie di indebito uso del telefono di servizio non potrebbe mai costituire fattispecie penalmente rilevante, poiché per configurare l'abuso d'ufficio è necessario che il comportamento dell'agente si traduca nella violazione di una norma di legge o regolamento che (nel momento in cui è stato scritto il commento) non sussiste nell'ordinamento.

d'impugnazione della sentenza d'appello si afferma (in completa discordanza con la giurisprudenza maggioritaria) che vi sia stata un'erronea applicazione dell'art 314 c.p., poiché secondo il ricorrente non sarebbe configurabile il peculato nel caso di uso indebito del cellulare di servizio dal pubblico ufficiale, non potendo i c.d. impulsi elettronici essere sussunti nella nozione di "cosa mobile" suscettibile di appropriazione, poiché questi non costituirebbero un'entità materiale preesistente alla condotta, nonché oggetto del possesso o della disponibilità dell'agente al momento della condotta, giacché essi verrebbero ad esistenza solo *"a seguito e per effetto della condotta contestata"*. Si contesta, in particolare, che considerare l'appropriazione degli impulsi elettronici quale oggetto materiale della condotta peculativa contrasti con il principio di tassatività della legge penale e con il conseguente divieto d'interpretazione analogica; si precisa, inoltre, che in questo caso non sarebbe neanche ipotizzabile l'applicazione dell'art 624, secondo comma c.p., poiché l'energia suscettibile di appropriazione è tale solo in quanto preesistente e non generata contestualmente alla condotta. Come nota di chiusura la difesa afferma che: focalizzandosi sulla condotta di "generazione abusiva di impulsi elettromagnetici", dovrebbe applicarsi la fattispecie di abuso d'ufficio; l'uso momentaneo dell'apparecchio telefonico sarebbe invece inquadrabile nella fattispecie di peculato d'uso⁸⁵.

La sesta sezione penale della Suprema Corte, affermando che la doglianza del ricorrente sull'oggetto

⁸⁵ Si precisa che il peculato d'uso e l'abuso d'ufficio, qualora il fatto fosse sussumibile in una delle due fattispecie, sarebbero comunque estinti per decorso del termine di prescrizione.

materiale del reato meriti attenta riflessione⁸⁶, rinvia la questione alle Sezioni unite. Il ragionamento della S.C. si fonda su tre punti critici dell'interpretazione maggioritaria: in primo luogo si critica il sussumere nelle "energie che hanno un valore economico", suscettibili di sottrazione – appropriazione, gli impulsi elettromagnetici attraverso cui la voce si trasferisce, giacchè questi sono contestualizzati in una struttura composta da stazioni riceventi e trasmettenti i relativi segnali. In secondo luogo, si critica l'attribuzione di detti impulsi elettronici nel "patrimonio altrui", da cui vengono sottratti, poichè si fa transitare attraverso tale contesto un impulso che non è preesistente alla condotta appropriativa "*ma sorge con esso e a causa sua*". In terzo luogo, è criticabile riferire il costo del servizio alla sola energia, non considerando altri parametri che concorrono alla sua quantificazione. Per questi motivi, si ritiene necessario vagliare la possibilità di qualificare giuridicamente la condotta di utilizzo abusivo del telefono d'ufficio in modo più adeguato, riconducendo la fattispecie alla figura dell'abuso d'ufficio o a quella di truffa compiuta ai danni dello Stato (art 640, comma 2, n.1 c.p.)⁸⁷. Sotto il primo profilo, si richiamano sentenze di legittimità che si sono pronunciate su ambiti parzialmente diversi⁸⁸ per

⁸⁶ La Corte afferma che "*la specifica doglianza del ricorrente, secondo il quale la lettura che individua l'oggetto dell'appropriazione negli impulsi elettronici che consentono la trasmissione della voce "si allontana in modo intollerabile dal concetto di entità materiale suscettibile di appropriazione, per accogliere un'interpretazione dell'art 314 c.p. che, ben oltre il dato letterale, appare in netto contrasto con il principio di tassatività della fattispecie penale e con il divieto di interpretazione analogica", merita un'attenta riflessione, il cui esito può condurre ad un ripensamento delle conclusioni cui questa Corte suprema è giunta da tempo.*"

⁸⁷ CARUSO, 5 ss.; BENUSSI, *Dir. pen. Cont.*, 4 ss.; la Corte evidenzia che entrambe le soluzioni sarebbero più adatte dell'attuale orientamento a superare le palesi incertezze di ricostruzione sistematica della fattispecie.

⁸⁸ Cass. Pen., sez. VI, 12 dicembre 2000, Genchi, in tema di utilizzazione da parte di due docenti universitari della strumentazione in dotazione all'Ateneo per l'esercizio della loro libera attività professionale, in pregiudizio alle finalità

chiedersi se, anche alla luce del nuovissimo codice di comportamento dei dipendenti pubblici, emanato seguendo l'*iter* previsto dall'art 17 della legge 400/1988, tale condotta possa essere punita con la più mite sanzione prevista per l'abuso d'ufficio. Sotto il profilo della truffa aggravata, ci si chiede se questa possa applicarsi al fatto del dipendente che, con artifici o raggiri, consistiti nel presentare una non veritiera dichiarazione (omettendo di segnalare l'effettuazione di chiamate personali), abbia indotto in errore il dirigente del proprio ufficio di controllo, traendone un profitto per il mancato pagamento delle chiamate effettuate.

6.4. La pronuncia delle Sezioni unite penali del 20 dicembre 2012 (dep. 2 maggio 2013), n. 19054.

La sentenza a Sezioni unite del 20 dicembre 2012 determina una svolta nella qualificazione dell'utilizzo abusivo del telefono d'ufficio⁸⁹; la decisione è strutturata in

istituzionali per cui i beni erano preordinati, fattispecie per cui l S.C. ha escluso la configurabilità del peculato per insussistenza degli elementi che integrano la condotta appropriativa, tipica per i delitti di peculato comune e d'uso. Cass. Pen., sez. VI, 9 aprile 2008, Cannalire, *CP* 2009, 1007, con nota di DE BELLIS, dove si punisce per abuso d'ufficio la condotta del pubblico dipendente che ha utilizzato, per scopi meramente personali (e illeciti, poiché scaricava materiale pedopornografico), la linea internet sul computer in dotazione all'ente di appartenenza, che aveva però costituito per l'ufficio un contratto di connessione c.d. *flat*, ovverosia con tariffazione *a forfait*; in questo caso la S.C. ha optato per punire la condotta classificandola come abuso d'ufficio, giacché non vi è stata alcuna interversione del possesso, inteso come segnale del mutato *animus possidendi* dell'autore del reato, sussistendo piuttosto la "violazione di legge" nel fatto che l'uso del bene fosse avvenuto per un fine diverso da quello voluto dalla legge, e comunque estraneo alla p.a.

⁸⁹ Cass. Pen., SSUU, 2 maggio 2013, Vattani, *RIDPP*, 2013, 2052, con nota di AIMI; *Giurisprudenza Italiana* 2013, 2625, con nota di ARTUSI; *RP*, 2013, n.6; *Diritto Penale Contemporaneo*, http://www.penalecontemporaneo.it/upload/13681917421367660553_Redacted.pdf. Si segnala altresì la recente nota di DONOFRIO, "L'utilizzo del telefono d'ufficio

una *pars destruens* ed in una *pars construens*, il cui esito è l'affermazione di questo principio di diritto:

“La condotta del pubblico agente che, utilizzando illegittimamente per fini personali il telefono assegnatogli per ragioni di ufficio, produce un apprezzabile danno al patrimonio della pubblica amministrazione o di terzi o una concreta lesione alla funzionalità dell’ufficio, è suscettibile nel delitto di peculato d’uso di cui all’art 314, comma secondo, cod. pen.”

Il primo passo per giungere a tale assunto è la necessaria “demolizione” dell’interpretazione di cui per anni si sono avvalsi i giudici; ad avviso delle Sezioni unite, non è sostenibile la tesi che riconduce l’indebito utilizzo del telefono di servizio al peculato ordinario, per un triplice ordine di ragioni.

In primo luogo, non è condivisibile ritenere che oggetto materiale della condotta siano gli impulsi elettrici che consentono la trasmissione della voce; questi, infatti, non possono essere oggetto di appropriazione, poiché non possono costituire l’oggetto del previo possesso o disponibilità da parte del pubblico agente, non preesistendo all’apparecchio ma producendoci solo con la sua attivazione.

In secondo luogo, non è condivisibile la teoria, applicabile alle sole situazioni di tariffa “*a consumo*”, che sposta l’oggetto dell’appropriazione sulle somme di denaro che la pubblica amministrazione deve corrispondere come pagamento dell’uso indebito del telefono. Si argomenta sostenendo che tali somme esulino dal fenomeno delittuoso del peculato, poiché il vantaggio economico che si trae

per fini personali è condotta che integra gli estremi del solo reato di peculato d’uso. Nota a Sezioni unite penali, 2 maggio 2013, n. 19054”, in RP 2014, 207.

dalla condotta sarebbe cronologicamente posposto alla sua immediata realizzazione e coinvolgerebbe somme di denaro che non sono nell'immediata disponibilità dell'agente, bensì costituiscono l'oggettiva conseguenza di una condotta fattuale che s'inserisce nel vincolo esistente fra la p.a. ed il gestore.

In terzo luogo, non è accettabile la tesi che individua l'oggetto dell'appropriazione nelle energie lavorative che il pubblico agente, con la sua condotta, "dirotterebbe" verso fini difformi da quelli istituzionali, poiché è evidente che siamo fuori da qualsiasi schema logico relativo del "rendere proprio" un qualcosa che si possiede⁹⁰, giacché si realizza soltanto l'inadempimento di mettere al servizio altrui un qualcosa che è proprio (l'energia lavorativa dell'agente).

Nell'ambito della "*pars construens*", esclusa l'applicabilità della fattispecie di truffa aggravata, poiché diversi sono i momenti in cui si collocano l'ingiusto profitto della truffa e l'indebito vantaggio nell'uso del telefono⁹¹, si afferma che tale condotta sia riconducibile al peculato d'uso. Si prendono le mosse da una nozione di "appropriazione" che, nel delitto di cui all'art 646 c.p., ha assunto nel tempo un significato sempre più ampio, fino a ricomprendervi anche l'uso indebito della cosa, connotato per l'eccedere dai limiti del titolo in virtù del quale l'agente ha la disponibilità del bene. Rispetto all'appropriazione indebita, il peculato si caratterizza per reprimere una condotta comprensiva anche di tutti quei comportamenti che consistono in un abuso del possesso non

⁹⁰ Si ritiene che in quest'ipotesi siano applicabili gli schemi argomentativi elaborati in sede di "*peculato di energie lavorative umane*", v. *retro*, cap 4, sez. I, §1.3.

⁹¹ Nella truffa, l'ingiusto profitto è il frutto dell'induzione in errore, mentre la realizzazione dell'ingiusto vantaggio nell'utilizzo abusivo del telefono è immediato ed indipendente dall'induzione in errore di qualcuno.

definitivo, per cui è elemento necessario e sufficiente la mera violazione del titolo per cui si detiene la cosa, che l'agente realizza distraendo il bene dai fini istituzionali verso propri bisogni. La *ratio* di tale ulteriore ampliamento si ricollega alla necessità di contrastare il grave fenomeno deviante dell'uso improprio di beni della pubblica amministrazione. Conseguentemente, laddove l'agente si relazioni con la cosa in veste di *dominus* provvisorio e funzionale⁹², sarà irrilevante (poiché il legislatore non lo prevede) che il bene sia fuoriuscito fisicamente dalla sfera di disponibilità e controllo del titolare; in questa circostanza, la "restituzione" rilevante per il peculato d'uso si avrà con il cessato utilizzo del bene. Possiamo ben dire si realizza una "smaterializzazione" dell'elemento negativo della condotta appropriativa, con l'elemento psicologico dell'agente che si manifesta energicamente su una realtà materiale pressoché estranea ai canoni di univocità e definitività del momento espropriativo, su cui si è tradizionalmente concepita l'appropriazione.

La Corte procede nel suo ragionamento argomentando in base al principio di offensività. Il peculato, si afferma, è un delitto a plurioffensività alternativa (sulla cui contraddittorietà si è trattato, cap. 2, §4); questo implica che il fatto rileverà penalmente, sia che produca un apprezzabile danno al patrimonio della p.a. o di terzi, sia che leda la sola funzionalità dell'ufficio, tutelata direttamente dalla Costituzione. Quest'osservazione implica che sarà indifferente il tipo di tariffazione cui è sottoposta l'utenza in quanto, anche nel caso del c.d. "*tutto incluso*",

⁹² Con un comportamento che sarebbe assolutamente irrilevante ai fini dell'art 646 c.p., poiché strutturalmente e programmaticamente momentaneo e totalmente incapace di determinare la definitiva fuoriuscita del bene dalla sfera dell'avente diritto.

l'uso del telefono di servizio per fini personali, o comunque estranei da quelli pubblici, rileva comunque ai fini dell'art 314, comma 2 c.p.; la condotta sarà, invece, penalmente irrilevante qualora l'uso dell'apparecchio sia economicamente e funzionalmente non significativo⁹³.

La dottrina ha accolto con vivo interesse la pronuncia delle Sezioni Unite. Più che ai profili critici della giurisprudenza dominante in tema di oggetto materiale della condotta, ciò che ha polarizzato l'attenzione dei commentatori è stata la riflessione svolta sul principio di offensività; prendendo atto che la S.C. affida all'interprete il delicato compito di valutare la soglia di rilevanza penale sotto il duplice profilo patrimoniale e funzionale, si rilevano alcuni profili di criticità.

In primo luogo⁹⁴, si obietta alla S.C. di non aver dotato il giudice di validi criteri per specificare il concetto di "*funzionalità dell'ufficio*" che si ritiene possa connotare il disvalore del fatto anche in alternativa alla sussistenza di un danno patrimoniale; nello specifico, si contesta che potrebbe affermarsi una discrezionalità non fondata su parametri valutativi uniformi e che potrebbe, nell'ambito delle situazioni regolate dal c.d. "tutto incluso", addirittura aggirare il principio di offensività⁹⁵, soprattutto se si manifesta sull'apprezzamento della sussistenza o meno di un contesto unitario di azione autonomamente rilevante dalle singole condotte che lo costituiscono; pur contestando

⁹³ Il complesso delle osservazioni che compongono la *pars construens* della sentenza assorbono la questione della riconducibilità all'abuso d'ufficio del fenomeno in esame, fattispecie che viene inquadrata come residuale e non concorrente rispetto al peculato d'uso, avente una formulazione più generica e carente dell'elemento caratterizzante dell' "appropriazione temporanea" di una *res*.

⁹⁴ ARTUSI, 2628; CARUSO, 18 ss.; AIMI, 2077, sebbene ponga la questione dal punto di vista di un mero avvertimento all'interprete di prestare più attenzione nelle valutazioni in ambito del "*tutto incluso*".

⁹⁵ CARUSO, 19.

questa mancanza, la dottrina si è attivata per definire il concetto di “funzionalità operativa del dipendente”⁹⁶. A tal proposito, richiamando la giurisprudenza precedente⁹⁷, si osserva come il bene giuridico si tratteggi nei termini di una qualità e continuità del servizio prestato; tale accezione qualitativa è confermata nella legge di riforma della dirigenza pubblica⁹⁸, dove l’art 3, comma 4, prevede per le amministrazioni l’obbligo di adottare “*metodi e strumenti idonei a misurare, valutare e premiare la performance individuale e quella organizzativa, secondo criteri strettamente connessi al soddisfacimento dell’interesse del destinatario dei servizi e degli interventi*”. Come parametro valutativo per il giudice, lo stesso commentatore afferma che possa venire in aiuto dell’interprete il nuovo⁹⁹ codice del comportamento dei dipendenti pubblici (d.P.R. 16 aprile 2013, n.62); in questo sono delineati comportamenti rilevanti dal punto di vista disciplinare, cui il giudice può attingere per la valutazione del caso concreto in ordine all’effettiva lesione dei principi di buon andamento ed imparzialità.

Ad avviso di chi scrive le perplessità avanzate dai commentatori sono legittime, tuttavia si ritiene opportuna la scelta di qualificare giuridicamente allo stesso modo¹⁰⁰

⁹⁶ CARUSO, 19 ss.

⁹⁷ Cass. Pen., sez. VI, 6 dicembre 2001, Menotti, *DPP* 2002, 474.

⁹⁸ D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (c.d. riforma Brunetta), finalizzata ad un miglioramento organizzativo e qualitativo del lavoro e dei servizi nel settore pubblico.

⁹⁹ Come abbiamo visto in una nota precedente, nel tempo si sono susseguiti tre codici di comportamento dei dipendenti: in attuazione dell’art 58 - *bis* d.lgs. 29/1993 sono stati emanati dal ministro della funzione pubblica il D.M. 31 marzo 1994, abrogato dal D.M. 28 novembre 2000; in attuazione dell’art 54 d.lgs. 165/2001 è stato invece emanato il d.P.R. 16 aprile 2013, n.62.

¹⁰⁰ Siamo passati da una situazione di applicazione dell’art 314, comma 1 c.p. (da quattro a dieci anni di reclusione) per i casi di tariffe a consumo e dell’art 323 c.p. per le *flat* (da uno a tre anni di reclusione), ad una qualifica di entrambe le fattispecie come peculato d’uso (da sei mesi a tre anni di reclusione).

condotte che sono strutturalmente identiche, e si differenziano esclusivamente per il regime contrattuale del servizio telefonico, che non è detto ricada sempre nell'*iter* rappresentativo e volitivo dell'agente. Per quel che riguarda la formulazione di criteri interpretativi, la Corte avrebbe potuto essere più esaustiva e non passa inosservato come tale orientamento sia incoerente perché, da un lato, rivoluziona gli orientamenti giurisprudenziali che per anni si sono imposti come dominanti, senza tuttavia specificare le linee guida che il giudice (orfano delle sue certezze interpretative) dovrà seguire, forse confidando in una tanto superficiale quanto discutibile applicazione analogica al peculato d'uso dei criteri che si sono affermati in tema di offensività alternativa nel peculato comune¹⁰¹. A tal proposito, come conseguenza della posizione presa dalla S.C., è inevitabile affermare che i beni giuridici tutelati dal peculato d'uso e dal peculato comune¹⁰² si pongano su piani differenti. Il primo comma dell'art 314 c.p. disciplina un reato a plurioffensività diretta, dove la condotta appropriativa deve ledere contemporaneamente il buon andamento ed imparzialità della p.a., ma anche l'integrità patrimoniale dei privati o dell'amministrazione.

Come abbiamo visto, il peculato d'uso si applica anche applica anche ad una situazione (servizi a tariffazione c.d. *tutto incluso*) dove difetta un danno all'integrità patrimoniale, stante la particolarità della

¹⁰¹ La plurioffensività alternativa nel peculato comune costituisce, come abbiamo visto (cap. 2, § 5 e 6), un "faintendimento" della natura monoffensiva di un reato ed è contestabile da più punti di vista: valutazione dell'offensività della condotta, tipicità della fattispecie, nonché da un punto di vista criminologico e di effettivo conseguimento della finalità general – preventiva.

¹⁰² Di cui abbiamo dimostrato la reciproca autonomia nell'ambito dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (*retro*, § 4), osservando che, comunque, rientrano nella medesima categoria dei "delitti di peculato", comprendente anche il peculato mediante profitto dell'errore altrui (art 316 c.p.).

condotta incriminata e le specifiche esigenze repressive e dissuasive verso una particolare tipologia di comportamento deviante; ne consegue che tale delitto si configurerà come monoffensivo, tutelando i principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità della p.a. previsti all'art 97 Cost., divenendo secondaria e meramente eventuale la produzione di un pregiudizio al patrimonio del soggetto passivo. Tale impostazione è condivisibile; come abbiamo visto, infatti, peculato comune e peculato d'uso sono fattispecie indipendenti, pertanto possono tutelare beni giuridici differenti. Per evitare un'applicazione del peculato d'uso in chiave estensiva e *omnioffensiva*¹⁰³, viene in aiuto il principio di diritto della sentenza; affermando che la condotta debba produrre una “*concreta lesione alla funzionalità dell'ufficio*”, infatti, la Corte ha individuato la *species* e l'intensità della lesione causata dalla condotta, la cui esistenza sarà valutata dal giudice, per stabilire se nel caso concreto il comportamento del soggetto abbia effettivamente offeso tale bene giuridico.

La seconda critica¹⁰⁴ riguarda la possibilità di sanzionare più condotte abusive che, per l'unitario contesto spazio – temporale in cui si collocano, costituiscono di fatto una condotta inscindibile. Interrogandosi sulla sovrapponibilità di tale valutazione con la disciplina della continuazione, parte della dottrina¹⁰⁵ rileva che sussistano “*affinità non solo terminologiche*” fra il concetto spazio – temporale unitario e la continuazione, poiché si ritiene che condividano il requisito del “*medesimo disegno criminoso*”,

¹⁰³ Sui rischi riguardanti la trasformazione della plurioffensività alternativa (che si è visto essere, *de facto*, una monoffensività), in una *omnioffensività*, si rinvia al cap. II, §4.

¹⁰⁴ CARUSO, 16 ss.

¹⁰⁵ CARUSO, 16 ss.

che sarà valutato per il riscontro dell'unico contesto spazio – temporale della condotta, insieme ad altri fattori. Si osserva, inoltre, che è compito dell'interprete supplire all'omissione della Corte sul punto, desumendo dal sistema normativo le chiavi interpretative utili a specificare in concreto questo “*contesto spazio – temporale unitario*” che risalta per la sua intima indeterminatezza. Il commento in esame rileva che, data la difficoltà di elaborare parametri rigidi, in relazione all'estrema varietà di situazioni cui può dar luogo la casistica, “*un inquadramento del fenomeno della pluralità delle telefonate effettuate in un contesto spazio – temporale all'interno della disciplina della continuazione avrebbe in buona parte eliso quelle incertezze interpretative sopra analizzate, con l'ulteriore pregio di elaborare una ricostruzione più fedele alla ratio e alla struttura del delitto di peculato d'uso, che è reato istantaneo ed il cui elemento pregnante è l'avvenuta restituzione della res momentaneamente sottratta alla disponibilità dell'avente diritto*”¹⁰⁶.

Tali osservazioni, pur essendo apprezzabili, non sono tuttavia condivisibili. La figura del reato continuato, disciplinata all'art 81, comma 2 c.p.¹⁰⁷, costituisce una particolare figura di concorso materiale, in cui le singole condotte, che figurano di per sé come reato, costituiscono l'esecuzione di un “*medesimo disegno criminoso*” dell'agente. L'affermazione della Corte, secondo cui sono

¹⁰⁶ CARUSO, 18, il quale continua affermando che “*L'idea di considerare come unica condotta inscindibile comportamenti realizzati in più tempi, ancorchè ravvicinati, crea, indubbiamente, qualche frizione con i caratteri strutturali del peculato d'uso, giacchè realizza un uso del bene non più sporadico o occasionale ma in qualche modo prolungato nel tempo*”.

¹⁰⁷ La norma dispone che “*alla stessa pena soggiace chi con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa legge o di diverse disposizioni di legge*”.

perseguibili le singole condotte che, collocate in un unico contesto spazio – temporale, vanno *di fatto* a costituire una condotta inscindibile, si pone invero su un piano molto differente rispetto a quello sopra delineato; tale contesto, infatti, è funzionale non alla determinazione di un particolare trattamento sanzionatorio, bensì alla qualificazione di determinati comportamenti come penalmente rilevanti, affrontando una questione che è logicamente antecedente al calcolo della pena irrogabile e che non è assolutamente inquadrabile nella disciplina della continuazione. È ben possibile che una singola condotta non produca un danno apprezzabile al patrimonio o una concreta lesione alla funzionalità dell'ufficio, ma è altresì possibile che tale contegno sia preceduto ed accompagnato da altre condotte, magari anch'esse irrilevanti se singolarmente considerate, ma che insieme costituiscono una condotta di abuso momentaneo unica ed inscindibile, in ragione del fatto che i singoli “elementi costitutivi” si realizzano nell'ambito di un unitario contesto spazio – temporale.

CONCLUSIONI

Amministrare le risorse pubbliche è un'attività di grande responsabilità, che richiede non solo competenze tecniche, ma anche un'assoluta integrità morale. Per questo motivo il peculato è, prima ancora che un delitto, il figlio dell'egoismo di amministratori irresponsabili, che piegano il proprio potere al servizio di tutti per un tornaconto personale; la loro condotta criminosa è espressione di un *modus vivendi*, di una maleducazione votata all'avidità, costituente un fenomeno deviante che sarà sempre presente nella realtà della *res publica* e che richiede una reazione dell'ordinamento davvero razionale ed efficace.

Dallo studio della struttura dell'art 314 c.p. e dalle sue concrete applicazioni, è emerso un quadro normativo confuso e indeterminato, inadatto a comunicare quel messaggio di certezza del diritto che è appannaggio di un moderno sistema penale. Prendendo le mosse dallo studio del comportamento peculativo quale espressione di devianza, di un comportamento cioè che si discosta dalle norme (sociali prima ancora che giuridiche) di una collettività, è necessario riconsiderare criticamente e razionalmente la fattispecie di cui all'art 314 c.p., tanto sotto il profilo strutturale quanto sanzionatorio.

Innanzitutto, se è nell'intenzione del legislatore prevedere che l'abuso del possesso qualificato di *pecunia publica* costituisca reato, allora si deve individuare in modo chiaro ed univoco quale sia il bene tutelato (*rectius*, nel nostro caso, i beni tutelati) dalla norma, legittimando l'intervento di una sanzione penale. Questo passaggio è

basilare, poiché fissa in modo chiaro un confine fra le condotte penalmente rilevanti e quelle che non lo sono. Dall'analisi strutturale e dalle riflessioni dottrinali e giurisprudenziali sul punto emerge, come abbiamo visto, un quadro assai confuso, dove spesso si fraintende il concetto di plurioffensività diretta, torcendolo in funzione delle esigenze repressive che la giurisprudenza, inevitabilmente, persegue quando si trova ad applicare una fattispecie caratterizzata da uno spiccato connotato d'indeterminatezza, come quella dell'art 314 c.p. A parere di chi scrive, se davvero si sostiene la natura plurioffensiva del peculato, allora la chiara previsione normativa di un ingiusto evento dannoso alle sostanze patrimoniali del soggetto passivo (conseguente alla condotta appropriativa), come elemento costitutivo del fatto, permetterebbe di circoscrivere con certezza la reazione penale alle sole condotte che concretamente ledono entrambi i beni giuridici.

In secondo luogo è opportuno, per evitare ogni tipo di fraintendimento, eliminare il riferimento testuale all' "*altruità*" del bene oggetto di appropriazione. È senza dubbio da condividere la solerzia con cui il legislatore si è mosso per specificare gli elementi costitutivi della fattispecie, tuttavia è anche vero che l'unico fulcro della norma è diventato la qualifica pubblicistica della situazione possessoria, per cui ogni ulteriore elemento "descrittivo" rischia di complicare l'interpretazione della norma e generare confusione in sede applicativa.

È necessario un definitivo chiarimento sulla posizione dell'ordinamento nei confronti della distrazione. Pensare che sia sufficiente un rigo di penna per eliminare

ogni problema applicativo relativo alla condotta distrattiva è la chiara dimostrazione di un intervento riformatore poco ponderato e superficiale, il cui unico scopo è trovare una soluzione *in extremis* per certe contingenze giudiziarie, non curandosi di definire con certezza il destino giuridico delle varie manifestazioni della condotta. La nota interpretativa contenuta nella Relazione Battello, infatti, lungi dal costituire un messaggio giuridicamente vincolante, di fatto lascia in sospeso il problema in esame, per la soluzione del quale si ritiene opportuno un intervento normativo che disponga la natura peculativa della distrazione a profitto privato.

Con riguardo al peculato d'uso, è evidente la sua patologica indeterminatezza. Sebbene un uso parsimonioso delle parole sia condivisibile, tuttavia sarebbe necessario vi fosse un sostegno da parte di ragioni diverse e più razionali dalla mera "economia espositiva"; un siffatto approccio, infatti, è assolutamente slegato dall'idea di semplificazione redazionale ed interpretativa che si vorrebbe perseguire, generando piuttosto un caos in sede applicativa, soprattutto sulla natura del bene oggetto della condotta, sulla qualificazione stessa del peculato d'uso come fattispecie autonoma di reato e sulla configurazione dell'elemento soggettivo del reato. Una formulazione dell'articolo che si apra con l'indicazione del soggetto attivo e la chiara descrizione del fatto rilevante, cui far seguire il trattamento sanzionatorio, è senz'altro opportuna ed idonea a risolvere la gran parte delle questioni interpretative.

Venendo ora all'analisi trattamento sanzionatorio, prevedere la reclusione da quattro a dieci anni costituisce una reazione molto pesante dell'ordinamento che, sulla scia

di un *trend* repressivo (spinto soprattutto dall'opinione pubblica e dai *media*), non tiene conto della reale dimensione del fenomeno. Non si vuole mettere in discussione la gravità di fatti appropriativi per cui senz'altro è opportuna una risposta sanzionatoria più penetrante. Ciò che si contesta è il totale disinteresse verso quella sterminata pletora di condotte sì peculative, ma di assai più limitata portata dannosa; rendere più difficoltoso l'accesso all'interdizione temporanea dai pubblici uffici, infatti, mostra un eccesso di severità sanzionatoria che va a danno tanto della prevenzione generale quanto di quella speciale, perché non metterà il consociato in grado di percepire efficacemente il disvalore insito nelle condotte di diversa gravità, rendendo assai più difficoltosa l'assimilazione del contenuto educativo della pena. A tal proposito, è certamente opportuno riconsiderare i limiti edittali della sanzione detentiva, ma anche reintrodurre la pena pecuniaria; tramite questa, infatti, la risposta sanzionatoria è modulabile sulla condotta concretamente realizzata e si fonda su una valutazione razionale e adeguata del disvalore che esprime.

BIBLIOGRAFIA:

- AA.VV., *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di F. Coppi, Torino, 1993.
- AA.VV., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. D'Avirro, Padova, 1999.
- AA.VV., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di C. Fiore, Torino, 2004.
- AA.V., *Materiali sulla riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di A. Manna, Padova 2007.
- AA.VV., *Commentario breve al codice penale*, a cura di A. Crespi, F. Stella, G. Zuccalà, Padova, 2008.
- AA. VV., *Codice di procedura penale: commentato con Cd-rom*, a cura di A. Giarda, G. Spangher, Assago, 2010.
- Av.V., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. S. Fortuna, Milano, 2010.
- AA.VV., *Codice penale: commentato con Cd-rom*, a cura di E. Dolcini, G. Marinucci, Milanofiori, Assago, 2011.

- AA.VV., *Le forme di manifestazione del reato*, (a cura di) DE FRANCESCO G.A., in *Trattato teorico – pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo F. C. e Paliero C.E., Torino, 2011.
- AA.VV., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di F. Palazzo, Napoli, 2011.
- ACETO A. – DE AMICIS G., “Auto “blu” e peculato: le esigenze di servizio escludono la interservio possessionis”, in *Cassazione penale*, 2004, 1626 ss.
- AIMI A., *In tema di peculato d’uso e appropriazione nell’ambito dei delitti di peculato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, p. 2063.
- AMATO N., *Una precisazione in tema di appartenenza (artt. 314 e 315 c.p.) e di atti pubblici di fede privilegiata*, in *GP*, 1962, II, c. 104 ss.
- AMATO G., *La Cassazione conferma l’orientamento che “assolve” le appropriazioni irrisorie*, in *Guida al Diritto* 2005, n.20, p.67 ss.
- ANGELOTTI D., *Le appropriazioni indebite nel sistema del diritto vigente e nella nuova legislazione penale*, Milano, 1933.

- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, a cura di L. Conti, Milano, 2008.
- ARIOLLI G. – GIZZI L., “L'utilizzo del telefono d'ufficio da parte del pubblico dipendente per chiamate personali”, in *Cassazione Penale*, 2004, 2010 ss.
- ARTUSI M. F., *L'uso privato del telefono d'ufficio da parte di soggetto munito di qualità pubblica*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, p. 2625.
- BARBA S., *Osservazioni in tema di peculato per distrazione*, in *Rivista penale* 1973, 60 ss.
- BARTOLI R., *La distinzione tra appropriazione e distrazione e le attuali esigenze di tutela patrimoniale*, in *Diritto penale e processo*, 2001, p. 1137 ss.
- BARTOLI R., *Appropriazione di denaro del gruppo consiliare regionale ad opera del suo Presidente: peculato o malversazione a danno dello Stato?*, in *Cassazione Penale*, 2012, 2175 ss.
- BARTOLO P., “Appropriazione” e “distrazione” nel delitto di peculato, a cura di F. Coppi, Torino, 1993, p.369 ss.
- BENUSSI C., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto penale. Parte*

speciale, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, Padova, 2013.

- BENUSSI C., *Uso improprio del telefono in dotazione al pubblico funzionario per ragioni d'ufficio: le Sezioni unite chiamate a pronunciarsi*, in *Diritto penale contemporaneo*,
http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/-/1841-uso_improprio_del_telefono_in_dotazione_al_pubblico_funzionario_per_ragioni_d_ufficio__le_sezioni_unite_chiamate_a_pronunciarsi/
- BENUSSI C., *Brevi considerazioni sui problemi del dolo nel delitto di peculato*, in *Rivista penale*, 1973, 603.
- BETTIOL R., CALDERONE G., *Peculato ed interesse privato in atti d'ufficio*, Milano, 1973.
- BEVILACQUA B., *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2003.
- BONDI A., DI MARTINO A., FORNASARI G., *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008.
- BRICOLA F., *La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione: cenni generali*, in *Aa.Vv., reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Coppi, Torino, 1993, p. 37 ss.
- BUCOLO F., *Recezione penale dei diritto civile nei delitti contro il patrimonio*, in *GP* 1962, II, c. 9 ss.

- CACCIAVILLANI I., CALDERONE C. R., *I delitti dei pubblici ufficiali nell'attività amministrativa*, Padova 2001.
- CAGLI S., *Peculato e malversazione*, in *D. disc. Pen*, vol. IX, 1994, Torino, p.334 ss.
- CARINELLI L., *Appunti sul concetto di "distrazione" nel delitto di peculato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1966, 538 ss.
- CARUSO G., *Il pubblico Funzionario che fa uso del cellulare di servizio per fini privati. Alcune riflessioni sul principio di offensività*, in *Diritto Penale Contemporaneo*:
http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/16-/2526-il_pubblico_funzionario_che_fa_uso_del_cellulare_di_servizio_per_fini_privati__alcune_riflessioni_sul_principio_di_offensivit_/
- CASSESE S., *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006.
- CATENACCI M. (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, in *Trattato teorico – pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo F. C. e Paliero C.E., Torino, 2011.

- CECCOBELLI A., *Il delitto di peculato*, Padova, 1997.
- COCCO G., AMBROSETTI E. M., MEZZETTI E. (a cura di), *Manuale di diritto penale – parte speciale: i reati contro i beni pubblici: Stato, amministrazione pubblica e della giustizia, ordine pubblico*, Padova, 2010.
- DE BELLIS M., *La Cassazione penale interpreta in senso estensivo il concetto di altruità della cosa oggetto di peculato: può essere tale anche la cosa di proprietà dell'imputato*, in *CP* 2006, 1653 ss.
- DE BELLIS M., *Uso illecito del computer in ufficio per connettersi ad internet: peculato od abuso d'ufficio?*, in *Cassazione penale*, 2009, 1009.
- DE BELLIS M., *Il peculato commesso da pubblico ufficiale mediante l'uso di carta di credito*, in *Cassazione penale*, 2012, p. 2108.
- DE FRANCESCO G.A., voce *Concorso apparente di norme*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1988.
- DE FRANCESCO G.A., *“La fattispecie dell'abuso d'ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale”*, in *Cassazione penale*, 1999, 1633.
- DE FRANCESCO G.A., *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2011.

- DE FRANCESCO G.A. (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, in *Trattato teorico – pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo F. C. e Paliero C.E., Torino, 2011.
- DE FRANCESCO G.A., *Diritto penale 2. Forme del reato*, Torino, 2013.
- DE MARSICO, *Il danno patrimoniale nel peculato*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1954, p.564.
- DINACCI E., *Profili interpretativi della norma sul delitto di peculato d’uso*, in aa.vv., *reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Coppi, Torino, 1993, p. 37 ss.
- DITO M. G., “*Sul peculato d’uso non momentaneo*”, in *Giurisprudenza italiana*, 1993, II, c.239.
- DOLCINI E. – MARINUCCI G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009.
- DONOFRIO M., *Utilizzo del telefono d’ufficio per fini personali è condotta che integra gli estremi del solo reato di peculato d’uso. Nota a Sezioni unite penali, 2 maggio 2013, n. 19054*, in *Rivista penale*, 2014, p. 207.
- D’OVIDIO P., *Applicabilità dell’art 323 c.p., come ridisegnato dalla legge 86/90, ai fatti di “distrazione”*

commessi prima della riforma dell'art 314 c.p., in Nuovo diritto, 1992, p. 663 ss.

- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale, parte speciale. Volume II, Parte II*, Bologna, 2007.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2008.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale, parte speciale. Volume I*, Bologna, 2012.
- FLICK G. M., *Il delitto di peculato. Presupposti e struttura*, Milano, 1971.
- FLICK G. M., *Dal pubblico servizio all'impresa banca: ritorno al futuro*, in *Rivista delle società*, 1989, p. 438 ss.
- GALLO M., *Delitto di peculato ed illecito amministrativo*, in *Rivista penale*, 1966, 399 ss.
- GATTA G. L., *La Corte Costituzionale e il peculato d'uso del custode del veicolo sottoposto a sequestro amministrativo: tra concorso di norme e principio di colpevolezza*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2011, 4078 ss.
- GIUNTA F., *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2004.

- GRINDATTO S., *Appropriazione da parte di un consigliere regionale del contributo della Regione al suo gruppo consiliare. Peculato?*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2013, p. 2344.
- GRISPIGNI F., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Roma, 1953.
- GROSSO C. F., *I nuovi delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: indebolimento o rafforzamento della tutela penale?*, in *Cassazione penale*, 1991, 1298 ss.
- GUARDATA M., *L'ignoranza della legge penale dopo l'intervento della Corte costituzionale: prime impressioni*, in *Cassazione penale*, 1988, 1152.
- GUERRINI R., *"Elementi costitutivi e circostanze del reato"*, Milano, 1988.
- GUIDI D., *Il delitto di peculato*, Milano, 2007.
- GUIDI D., *Appropriazione, distrazione ed uso nel delitto di peculato*, Milano, 2008.
- IADECOLA G., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione dopo le leggi di riforma. Note di commento alle leggi 26 aprile 1990 n. 86, 7 febbraio 1992 n. 181 e 16 luglio 1997 n. 234*, Torino, 1998.

- LEVI N., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di E. Florian, Milano, 1935.
- LO FORTE G., *Il peculato*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1992, n. 59, p. 80 ss.
- MAGGIORE G., *Principi di diritto penale, Parte speciale*, vol. II, Bologna, 1948.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale II. Delitti contro il patrimonio*, Padova, 2009.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, V, Torino, 1982.
- MARINUCCI G., voce *Distrazione (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, p. 309 ss., Milano, 1964.
- MAUGERI A.M., *Peculato per appropriazione e condotte distrattive*, in *Indice penale* 1993, p.699 ss.
- MICHAEL A., *La Cassazione sul caso Fiorito: è peculato l'utilizzazione a scopi personali dei contributi regionali per il gruppo consiliare*, in *Diritto penale contemporaneo*, <http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/-/2105->

la_cassazione_sul_caso_fiorito_____peculato_l_utilizz
azione_a_scopi_personali_dei_contributi_regionali_per
_il_gruppo_consiliare/

- MILITELLO V., *Aspetti penalistici dell'abusiva gestione nei gruppi societari*, in *Il Foro italiano* 1989, II, p. 421 ss.
- MILITELLO V., *Gli abusi nel patrimonio delle società controllate e le relazioni tra appropriazione e distrazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, p. 275 ss.
- MONARI S., *Utilizzo di somme extrabilancio tra distrazione e appropriazione*, in *Giustizia penale*, 1999, III, p. 150.
- MORONE A. F., *Peculato e spese per ragioni d'ufficio*, in *Giurisprudenza Italiana* 2012, p. 1879.
- NEGRI A., PISCITELLO A., RIVA B., *Il peculato*, Padova, 2006.
- NUNZIATA M., *La fattispecie peculativa. Studi di diritto penale*, Napoli 2006.
- PACILEO V., *Peculato e limiti all'uso di beni della p.a.*, in *Cassazione penale*, 1991, 73 ss.
- PADOVANI T., voce *Circostanze del reato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. II, Torino, 1988.

- PADOVANI T., *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Corr. Giur.*, 1990, p. 540 ss.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, X edizione, Milano, 2012.
- PAGLIARO A., *Studi sul peculato*, Palermo, 1967.
- PAGLIARO A., voce “*Appropriazione indebita*”, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. I, Torino, 1987.
- PAGLIARO A., *Commento all’art. 1 l. 86/1990*, in *Legislazione penale*, 1990, p. 266 ss.
- PAGLIARO A., *Il concorso dell’estraneo nei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Diritto penale e processo*, 1995, n.8, p.975 ss.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte speciale. Volume III: delitti contro il patrimonio*, Milano, 2003.
- PAGLIARO A., PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale. Parte speciale. Volume I: delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008.
- PALAZZO F.C., *Il concetto di distrazione nel delitto di peculato*, Milano, 1972.

- PALAZZO F.C., *Commento agli artt 314 – 316 c.p.* in AA.VV., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di T. Padovani, Torino, 1996.
- PALAZZO F.C., TARQUINI E., voce *Peculato*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXII, p. 1 ss., Roma, 1990.
- PANETTA A., *Indebito utilizzo dell'utenza telefonica d'ufficio, Note in tema di principio di offensività del reato e delitto di peculato*, in *Cassazione penale*, 2010, 3864.
- PANNAIN R., *Il possesso nel diritto penale*, Roma, 1946.
- PANNAIN R., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1966.
- PECCIOLI A., *Qualificazione e limiti di rilevanza penale dell'utilizzazione per fini privati del telefono d'ufficio*, in *Diritto penale e processo*, 2002, 476.
- PEDRAZZI C., voce *Appropriazione indebita*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, pag. 833, Milano, 1958.
- PEDRAZZI C., *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa pubblica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1966, 349 ss.

- PEDRAZZI C., *Sui limiti dell'”appropriazione”*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, 1441.
- PETROCELLI B., *L'appropriazione indebita*, Napoli, 1933.
- PISA P., voce *Abuso d'ufficio*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1993.
- PISA P., *Come interpretare il peculato d'uso di una pellicola cinematografica*, in *Diritto penale e processo*, 1995, 573 ss.
- PISANI A., “*Brevi note in tema di furto d'uso*”, in *Cassazione penale*, 1989, 766 ss.
- PISAPIA G. D., voce *Appropriazione indebita*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. I, pag 789, 1974, Torino.
- PROSDOCIMI S., *Esercizio del credito e responsabilità penali*, in *Rivista italiano di diritto e procedura penale*, 1988, 984.
- PROTO E., *Analisi del concetto di appropriazione*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1953, 329 ss.
- PULEIO F., *L'evoluzione della giurisprudenza in tema di peculato*, in *Documenti giustizia* 1996, 590.

- PULITANÒ D., *La novella in materia di corruzione*, in *Cassazione penale*, 2012, supplemento n. 11.
- PUNZO M., *L'appartenenza del denaro o della cosa alla pubblica amministrazione quale elemento differenziale fra peculato e malversazione*, in *GP* 1951, II, c.940 ss.
- RAMPIONI R., *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, Milano, 1984.
- REGINA A., voce *Appropriazione indebita*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. II, Milano, 1958.
- RICCIO S., *La nozione di appartenenza nel diritto penale*, in *Scritti in onore di Manzini*, Padova, 1954, 408 ss.
- RICCIO S., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1955.
- RICCIO S., voce *“Peculato e malversazione”*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Torino, 1965.
- RIVERDITI M., *Art 314 c.p.*, in *Commentario al Codice Penale, tomo II*, a cura di Marini G. – La Monica M. – Mazza L., Torino, 2002.
- ROMANO M., *I delitti contro la pubblica amministrazione: i delitti dei privati, le qualifiche*

soggettive: artt. 336 – 360 Cod. pen.: commentario sistematico, Milano, 2008.

- ROMANO M., *I delitti contro la pubblica amministrazione: i delitti dei pubblici ufficiali: artt. 314 – 335 bis cod. pen: commentario sistematico*, Milano, 2013.
- SCORDAMAGLIA V., *Voce “Peculato”*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1982.
- SEGRETO A., DE LUCA G., *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999.
- SEVERINO DI BENEDETTO P., *Il criterio fra distrazione ed appropriazione nel peculato*, in *Cassazione penale massimario*, 1976, p. 709 ss.
- SEVERINO DI BENEDETTO P., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Le qualifche soggettive*, Milano, 1983.
- SEVERINO DI BENEDETTO P., *Voce “Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio”*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Vol. X, 1995, Torino, p. 508 ss.
- SINISCALCO M., *Premessa. La nuova disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali. Profili critici*, in *Legislazione penale*, 1990, p. 263 ss.

- STORTONI L., *La nuova disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.: profili generali e spunti problematici*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1993, 706 ss.
- VINCIGUERRA S., *“Distrazione” e peculato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1970, p. 1051 ss.
- VINCIGUERRA S., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008.
- ZAMPAGNI G., *Distrazione, appropriazione e abuso d'ufficio: i sottili distinguo*, in *Diritto & Giustizia*, 2003, 48.

RINGRAZIAMENTI

Desidero ringraziare il Prof. Giovannangelo De Francesco, relatore, e la Prof.ssa Emma Venafro, correlatrice, per i suggerimenti, le indicazioni e le osservazioni, senza le quali la redazione di questa tesi non sarebbe stata possibile.

Ringrazio tutto il personale della Biblioteca Giuridica dell'Università di Pisa, della Biblioteca della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, della Biblioteca Nazionale Centrale di Firenze e della Biblioteca di Scienze Sociali dell'Università di Firenze, in particolare la Dott.ssa Lucilla Conigliello, che hanno saputo ascoltare le mie esigenze nel reperire il materiale, facilitando le mie ricerche.

Dedico un sentito ringraziamento ai miei genitori, Maria Paola e Carmelo, per l'amore e il sostegno che mi hanno sempre dato in tutti questi anni. Vi voglio bene.

Ringrazio inoltre mia nonna Naida per avermi cresciuto come studente. Anche se, purtroppo, continuo ad avere una pessima grafia, grazie ai suoi insegnamenti ed alle sue attenzioni sono riuscito a raggiungere un traguardo davvero importante.

Ringrazio la mia fidanzata Giuliana, per la pazienza e l'amore sconfinato che mi ha sempre dimostrato e per essermi stata vicino negli ultimi due anni. Sono davvero fortunato ad avere accanto una persona come te, grazie di tutto, mi rendi felice.

Desidero inoltre ringraziare i miei amici, Alessandro, Selene e Francesco, per il sostegno e l'incoraggiamento che mi hanno dato negli anni dell'Università.

Desidero infine ricordare il mio "fratellino" acquisito, Noè del Gelso Bianco, scomparso da poco. Voglio ringraziarti per gli anni trascorsi insieme, per le giornate in cui stavi rannicchiato sul letto ad ascoltarmi ripetere, per i momenti passati a giocare e per tutte le volte che, guardandomi negli occhi, mi facevi capire che cosa volesse dire essere davvero liberi. Mi manchi.

Pisa, Aprile 2014